

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK CEZA HUKUKUNDA TEŞEBBÜS

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İsmail BONCUK
1310041011

Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Özdem ÖZAYDIN

Haziran 2018

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK CEZA HUKUKUNDA TEŞEBBÜS

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İsmail BONCUK
1310041011

Anabilim Dalı : Kamu Hukuku

Programı : Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Özdem ÖZAYDIN

Jüri Üyeleri: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Doç. Dr. Hasan SINAR

Haziran 2018

KISALTMALAR

AÜFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
E.	: Esas
K.	: Karar
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: ve devamı
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

Enstitüsü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Dalı : Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Programı : Kamu Hukuku
Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Özdem ÖZAYDIN
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek lisans – Haziran/2018

KISA ÖZET
TÜRK CEZA HUKUKUNDA TEŞEBBÜS
İsmail Boncuk

Oluşu bakımından suç birdenbire değil, zaman içinde meydana gelmektedir. Bu kapsamda, suçun aşamaları kural olarak düşünce, hazırlık, icra ve tamamlanma aşamaları olarak sıralanabilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uyarınca teşebbüsü, bir suç işleme kararı alan ve suç yolunda ilerleyen failin, icra hareketlerini gerçekleştirmesine rağmen elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamaması veya icra hareketlerini tamamlamasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi olarak tanımlamak mümkündür. Her ne kadar icra hareketleri tamamlanmamış veya icra hareketleri tamamlanmasına rağmen sonuç gerçekleşmemiş ise de, failin o aşamaya kadar yaptığı eylemlerin cezasız kalması düşünülemez. Zira toplum düzeni bakımından somut bir tehlike söz konusudur. Bu nedenle, doktrinde teşebbüsün cezalandırılma nedenini açıklayan çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorileri objektif, subjektif ve karma teoriler olarak belirtmek mümkündür.

Buna karşılık, kişiler hakkında ceza müeyyidesi uygulanması, işlenen fiilin ceza kanununda yasaklanan suç tipine uygun olmasına bağlıdır. 5237 sayılı TCK uyarınca hiç kimse kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı, bir fiil için kanunda gösterilen ceza dışında bir ceza ile veya kanunda gösterilen cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaz. Bu nedenle, icra hareketlerinin tamamlanamadığı veya icra hareketleri tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmediği durumlarda da cezalandırmaya imkan tanıyan düzenlemelere ihtiyaç vardır. Teşebbüse ilişkin hükümler, suçun tamamlanmış haline nazaran teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde de cezalandırmaya imkan tanıdığı için genişletici bir etkiye sahiptir.

Teşebbüs, diğer suç tiplerinde olduğu gibi maddi ve manevi olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. 5237 sayılı TCK hükümleri uyarınca teşebbüs derecesinde kalan suçun maddi unsuru elverişli hareketlerle doğrudan doğruya suçun icrasına başlama ancak tamamlayamama, manevi unsuru ise suç işleme kastıdır. Öte yandan, teşebbüse ilişkin düzenlemeler "Genel Hükümler" bölümünde düzenlendiğinden, kural olarak bütün suçlara teşebbüs mümkün olmakla birlikte, yapıları ve yasal düzenlemeler gereği bazı suçlara teşebbüs mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler: Suç yolu, teşebbüs, objektif ve sübjektif teori, icra hareketlerine başlama, hareketin elverişli olması, icra hareketlerinin tamamlanamaması.

University : Istanbul Kültür University
Institute : Institute of Social Sciences
Department : Public Law
Programme : Public Law
Supervisor : Dr. Öğr. Üyesi Özdem Özaydın
Degree Awarded and Date : LLM – June 2018

ABSTRACT
ATTEMPT IN TURKISH CRIMINAL LAW
İsmail Boncuk

In terms of its formation, crime occurs in time, not abruptly. Within this scope, the phases of crime can be listed as thinking process, preparation process, performance process and completion. According to the Turkish Criminal Code, a person who acts with the intention of committing crime but fails to perform the acts necessary to commit the crime due to a cause beyond his control, is considered to have attempted to commit crime. Since the perpetrator acts with the kind of mental state required for commission of the crime, he should be punished due to the fact that concrete threat occurs in society. That's why, some theories has been suggested in doctrine about the reasons why criminal attempt should be punished. These theories can be listed as objective, subjective and mixed theories.

According to the Turkish Criminal Code, a person may neither be punished nor be imposed cautionary judgment for an act which does not explicitly constitute an offence within the definition of the Law. Furthermore, application of punishments and security precautions besides those stipulated in this Law is not allowed. Therefore, there is a need to punish the offender in which he fails to perform the acts necessary to commit the crime due to a cause beyond his control. Thus, articles about the criminal attempt extends criminal liability.

Criminal attempt also has two elements which are material and moral. In terms of Turkish Criminal Code, material elements of criminal attempt are failing to perform the acts necessary to commit the crime despite the proper behavior and moral element of criminal attempt is intention of committing crime. As a rule, it is possible to attempt in every types of crime but some types of crime cannot be attempted because of their structure.

Key Words: Attempt, objective and subjektive theory, attempt to commit a crime, performance of a crime, failing to perform the acts necessary to commit the crime



İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	i
TÜRKÇE ÖZET.....	ii
YABANCI DİL ÖZET.....	iv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇ YOLU, TEŞEBBÜSÜN HUKUKİ NİTELİĞİ VE CEZALANDIRILMA NEDENİ

1.1. Suç Yolu.....	3
1.1.1. Suç Yolunun Aşamaları.....	4
1.1.1.1. Düşünce ve Karar Aşaması.....	4
1.1.1.2. Hazırlık Aşaması.....	6
1.1.1.3. İcra Aşaması.....	8
1.1.1.4. Tamamlanma ve Son Bulma Aşaması.....	10
1.2. Teşebbüsün Hukuki Niteliği.....	12
1.2.1. Teşebbüs Kavramı.....	12
1.2.2. Teşebbüsün Hukuki Niteliği ve Cezai Temeli.....	14
1.2.2.1. Teşebbüsün Bağımsız Bir Suç Olduğu Görüşü.....	14
1.2.2.2. Teşebbüsün Asıl Suçu Tamamlayıcı Olduğu Görüşü.....	15
1.2.2.3. Teşebbüsün Hafifletici Bir Neden Olduğu Görüşü.....	16
1.2.2.4. Değerlendirme.....	17
1.3. Teşebbüsün Cezalandırılma Nedeni.....	19
1.3.1. Genel Olarak.....	19

1.3.2. Teşebbüsün Cezalandırılmasını Açıklayan Temel Görüşler.....	19
1.3.2.1. Objektif Görüşler.....	19
1.3.2.1.1. Teşebbüsün Cezalandırılma Nedenini Nedensellik İlişisine Dayandıran Görüş.....	20
1.3.2.1.2. Teşebbüsün Cezalandırılma Nedenini Hareketin Menfaat Üzerinde Yarattığı Tehlikeye Dayandıran Görüş.....	21
3.1.2.2. Sübjektif Görüşler.....	22
3.1.2.3. Karma Görüşler.....	24
3.1.2.4. Değerlendirme.....	25

İKİNCİ BÖLÜM

TEŞEBBÜSÜN UNSURLARI

2.1. Genel Olarak.....	29
2.2. Teşebbüsün Manevi Unsuru.....	30
2.2.1. Suç İşleme Kastı.....	30
2.2.1.1. Kastın Bilme ve İsteme Unsuru.....	33
2.2.1.2. Olası Kast ve Teşebbüs.....	35
2.2.1.3. Özel Kast ve Teşebbüs.....	36
2.3. Maddi Unsur.....	37
2.3.1. Genel Olarak.....	37
2.3.2. Pozitif Unsur.....	37
2.3.2.1. İcra Hareketlerine Başlama.....	37
2.3.2.1.1. Hazırlık Hareketleri.....	38
2.3.2.1.2. Hazırlık ve İcra Hareketleri Ayrımına İlişkin Görüşler	
2.3.2.1.2.1. Objektif Görüşler.....	41

2.3.2.1.2.1.1. Şekli Objektif Görüş.....	41
2.3.2.1.2.1.2. Maddi Objektif Görüş.....	43
2.3.2.1.2.2. Sübjektif Görüşler.....	44
2.3.2.1.2.3. Karma Görüşler.....	46
2.3.2.1.2.4. Türk Ceza Kanununda Hazırlık ve İcra Hareketleri.....	47
2.3.2.2. Hareketin Elverişli Olması.....	51
2.3.2.2.1. Hareketin Elverişliliğinin Belirlenmesi.....	52
2.3.2.2.1.1. Objektif Görüşler.....	52
2.3.2.2.1.1.1. Klasik Objektif Görüş.....	53
2.3.2.2.1.1.2. Aracın Yetersizliği Görüşü.....	55
2.3.2.2.1.1.3. Elverişliliği Korunan Menfaat Bakımından Yarattığı Zarar veya Tehlikeye Göre Değerlendiren Görüş (Somut Tehlike Görüşü).....	56
2.3.2.2.1.1.4. Elverişliliği Uygun Nedensellik İlişisine Dayandıran Görüş.....	57
2.3.2.2.1.2. Sübjektif Görüş.....	58
2.3.2.2.1.3. Karma Görüş.....	59
2.3.2.2.1.4. Değerlendirme.....	59
2.3.2.2.2. Elverişli Araç – Elverişli Hareket.....	60
2.3.2.2.3. İşlenemez Suç.....	61
2.3.2.2.3.1. Suçun Maddi Konusunun Olmaması.....	62
2.3.2.2.3.2. Failin Hareketinin Elverişsiz Olması.....	64
2.3.2.2.4. İşlenemez Suçun Cezalandırılması Sorunu.....	65
2.3.2.2.4.1. Objektif Görüşler.....	66
2.3.2.2.4.2. Sübjektif Görüşler.....	66
2.3.2.2.4.3. Değerlendirme.....	67

2.3.3. Negatif Unsur.....	67
2.3.3.1. Doğrudan Doğruya İcraya Başlayıp Tamamlayamama.....	68
2.3.3.1.1. İcra Hareketlerini Tamamlamama.....	68
2.3.3.1.2. Neticenin Gerçekleşmemiş Olması.....	69
2.3.4. Gönüllü Vazgeçme.....	71
2.3.5. Teşebbüs Halinde Verilecek Cezanın Belirlenmesi.....	72

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BAZI SUÇLAR YÖNÜNDEN TEŞEBBÜS SORUNU

3.1. Taksirli Suçlar.....	75
3.2. Olası Kastla İşlenen Suçlar.....	76
3.3. İhmal Suçları.....	80
3.3.1. Sırf İhmal Suçları.....	81
3.3.2. İhmal Suretiyle İcra Suçları.....	82
3.4. Tehlike Suçları.....	83
3.5. Sırf Hareket Suçları.....	85
3.6. Kalkışma Suçları (Tamamlanması Öne Alınmış Suçlar).....	86
3.7. Kesintisiz (Mütemadi) Şekilde İşlenen Suçlar.....	87
3.8. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suçlar.....	88
3.9. Kabahatler.....	89
3.10. Cezalandırılabilme Şartı İçeren Suçlar.....	90
SONUÇ.....	92
KAYNAKÇA.....	96

GİRİŞ

Failin suç işlemek kastıyla hareket etmesine rağmen elinde olmayan nedenlerle suçu gerçekleştirememesi halinde teşebbüsün varlığından bahsedilir. Teşebbüs derecesinde kalmış bir suçun cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ve eğer cezalandırılacaksa cezalandırılabilir bir teşebbüsün başlangıcını ve unsurlarını belirlemek önem arz etmektedir.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 61. maddesinde “Bir kimse işlemeyi kastediği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp da ihtiyarında olmayan esbabı maniadan dolayı cürmün husulüne muktazi fiileri ikmal edememiş ise....” düzenlemesine yer vererek eksik teşebbüs, 62. maddesinde ise “ Bir kimse işlemeyi kastedtiği cürmün icrasına taalluk eden bütün fiileri bitirmiş, fakat ihtiyarında olmayan bir sebepten dolayı o cürüm meydana gelememiş ise....” şeklindeki düzenlemeyle tam teşebbüsü tanımlamıştı. Diğer bir ifadeyle, failin elinde olmayan nedenlerle işlemek istediği suçun icra hareketlerini tamamlayamaması hali eksik teşebbüs, icra hareketlerini tamamlamasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi hali tam teşebbüs olarak tanımlanmış ve tam teşebbüse, eksik teşebbüse nazaran daha ağır bir ceza öngörülmüştü.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayırımına son vererek teşebbüsü, "Kişinin işlemeyi kast ettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması" şeklinde tanımlamıştır. Diğer taraftan, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda cezanın, işlenen fiilin doğurduğu zarar ve tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak belirleneceği düzenlenmiştir.

Çalışmamızda esas olarak 5237 sayılı Kanunun mülga 765 sayılı Kanuna nazaran getirdiği yenilikler ve doğurduğu sonuçlar, teşebbüsün cezalandırılma nedeni ve unsurları, doktrinde yer alan görüşler ve yargı kararları ışığında değerlendirilecektir.

“Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs” adlı çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, suç yolunun aşamaları, teşebbüsün hukuki niteliği ve cezalandırılma nedeni başlıklı konular irdelenecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde teşebbüsün maddi ve manevi unsurları ile birlikte bu unsurları oluşturan alt başlıklar incelenecektir. Üçüncü bölümde ise, Türk Ceza Hukuku sistematığı açısından bazı suç tipleri yönüyle teşebbüse elverişlilik sorunu irdelenecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇ YOLU, TEŞEBBÜSÜN HUKUKİ NİTELİĞİ VE CEZALANDIRILMA NEDENİ

1.1. Suç Yolu

Özünde bir insan davranışı olan suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin gerek kasıtlı, diğer bir ifadeyle bilerek ve istenerek ihlalini, gerekse bu değerleri korumaya yönelik kurallara karşı özensizliği ve dikkatsizliği ifade eden insan davranışlarıdır.¹ Buna göre suç², bir haksızlık, aynı zamanda hukuka aykırı tipik bir fiildir. Oluşu ve işlenişi bakımından ele alındığında suçun birdenbire değil, zaman içinde birbirini izleyen farklı evrelerden geçerek meydana geldiği ve bir oluşum hikayesi olduğu görülmektedir.³ Bir başka ifadeyle, suçun kural olarak çeşitli aşamalardan⁴ geçerek oluştuğu, tıpkı bir insan gibi doğduğu, yaşadığı ve öldüğü kabul edilir. Suçun meydana gelinceye kadar geçirdiği

¹ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, s. 195; benzer görüş için bkz Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 10. baskı, s. 43-44

² “Öte yandan, bizim suç adını verdiğimiz şey tipe uygun, hukuka aykırı, kasten işlenen neticeli ve icrai nitelikteki bir insan davranışdır. Gerçekten bu tanımlama temel suç tipini vermektedir. Ancak suç olarak nitelenebilen bir hareketin bazen dış dünyada bir değişiklik meydana getirmesi, yani bir netice ortaya koyması gerekemeyebilir.” Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara/2012, s. 196; “Suç, bu toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır. Bu yönü itibarıyla, suç, bir haksızlıktır; bir başka ifadeyle, hukuka aykırılık arzeden muayyen bir fiildir.” İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Adalet Bakanlığı, 3. Bası, Ankara/2006, s. 191, 192; “Her suçun bir doğuşu, gelişmesi ve tamamlanması vardır. Buna Ceza hukukunda suç yolu adı verilir.” Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Basımevi, 7. Basım, Ankara/2016, s.272

³ Önder Tozman, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara/2008, s.8; Pervin Aksoy İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınevi, Ankara/2009, s. 19; Nurullah Aydın, Türk Suç ve Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara/2009, s. 82; Fatih Selami Mahmutoğlu, Serra Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul/2017, s. 783; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara/2007, s. 308

⁴ “Suç, bir süreç içinde işlenmekte olup, buna suç yolu (iter criminis) denmektedir. Bu süreçte önce hazırlık hareketleri, daha sonra icra hareketleri gerçekleştirilmektedir. Kanuni tarifte ayrıca bir unsur olarak neticeye yer verilmişse, fiil icra edildikten sonra bu netice de gerçekleşmiş olmalıdır ki, söz konusu süreç tamamlanmış olsun.” İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara/2008, s. 420

aşamaların bütününe ise “iter criminis” (suç yolu) adı verilir.⁵ Diğer bir ifadeyle suç yolu, failin işlemeye karar verdiği suçu gerçekleştirmek için izlediği yol olarak tanımlanabilir.

1.1.1. Suç Yolunun Aşamaları

Dinamik bir yapıya sahip olan suçun çeşitli aşamalardan geçerek meydana geldiğini ve bu yola suç yolu adı verildiğini ifade etmiştik. Doktrinde kişinin suç izlerken izlediği yolun başlıca dört aşamasının olduğu kabul edilir.⁶ Bazı suç tiplerinde bu aşamalar belirgin olarak birbirinden ayrılmakla birlikte, bazı suçlarda iç içe geçmiş durumdadır.⁷

Biz de, failin suçu işlerken izlediği yolu düşünce ve karar aşaması, hazırlık aşaması, icra aşaması, tamamlanma ve son bulma aşaması olmak üzere dört başlık altında inceleyeceğiz. Bu süreçte suç işleme kararının alınmasının ardından, önce hazırlık hareketleri, ardından icra hareketleri gerçekleştirilmekte; tamamlanma ve son bulma aşamasının ardından süreç sona ermektedir.

1.1.1.1. Düşünce ve Karar Aşaması

Suç yolunun ilk aşaması düşünce aşamasıdır. Suçun icrası evresi, ilk olarak suçun düşünce ve tasavvurunu gerektirmektedir.⁸ Suç işleme kararının alınması ile sona eren düşünce aşaması suçlunun psişğinde oluşur.⁹ Düşünme insan beyninin bir fonksiyondur. Bu evrede suç salt düşünceden ibarettir ve dış dünyada

⁵ Nevzat, Toroslu, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.248; İpekçioğlu, s. 19; Koca/Üzülmez, s. 407; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75 Ders Kitabı, Beta Yayınevi, İstanbul/2010, s. 292

⁶ “Bu yol düşünce, icra, tamamlanma ve son bulma aşamalarına ayrılabilir.” Toroslu, s. 248; “Bunlar, düşünme, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve (suç tipinde öngörülmiş olduğu hallerde) netice safhalarıdır.” Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 599; Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 61

⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 599; benzer görüş için bkz İpekçioğlu, s. 54

⁸ Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, USA Yayıncılık, Ankara/2012, s. 327; İpekçioğlu, s.20; Toroslu, s.248

⁹ Toroslu, s. 248; İpekçioğlu, s. 20

somutlaşmamıştır. Düşünce aşamasında fail, zihninde oluşan suçu işlemeye yönelik bir değerlendirme yapmaktadır.¹⁰

Ceza hukuk düzeninin görevi fertlerin ahlaki veya manevi dünyalarını şekillendirmek değil, toplum düzenini korumak ve gelişmesine öncülük etmektedir. Diğer bir anlatımla, beynin biyolojik bir faaliyeti olan düşünce kişiye özgüdür ve sınırlandırma imkanı yoktur.¹¹ Bir kişinin suç işlemeye yönelik düşünceye sahip olması onun cezalandırılmasını gerektirmemektedir. Çünkü suç işleme düşüncesi olan kişi, her an o düşünceden vazgeçebilir. Salt suç işleme düşüncesinin cezalandırılması halinde fail, sonradan vazgeçtiği ve işlemediği, belki de sadece hayal ettiği bir fiilden cezalandırılmış olacaktır.¹² Bu nedenle, ceza hukuku dış dünyaya yansımayan fiillere müdahale etmemekte ve salt düşünceyi cezalandırmamaktadır. Ceza hukukunun müdahalesi için, kişinin suç işleme isteği ve düşüncesiyle herhangi bir biçimde faal hale geçmesi yeterli olmayıp, bu halin belirli bir nitelik ve niceliğe ulaşması, fiilin dış dünyada somutlaşan bir gerçekliğe ulaşması gerekir.¹³ Diğer bir ifadeyle, suç işleme düşüncesi eyleme dönüşmediği sürece tek başına cezalandırılmaz. Düşünme, planlama ve karar alma aşaması kişinin iç dünyasında kaldığı ve herhangi bir hareketle dış dünyada somutlaşmadığı sürece ceza hukukunu ilgilendirmez ve ne kadar kötü olursa olsun suç işleme düşüncesi cezalandırmaya konu teşkil etmez.¹⁴

Suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanan kasıt, önceden veya en azından suçun kanuni tanımındaki unsurlar gerçekleştirilirken bir düşünceyi gerektirmektedir. Bu nedenle, düşünce aşaması sadece kasıtlı işlenen suçlarda söz konusu olabilir. Neticeye ulaşma doğrultusundaki hareketler bilerek ve isteyerek yapıldığı için kasıtlı bir düşüncenin olması lazımdır. Bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla öngörülmeyle ve istenmeyerek

¹⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 599; İpekçioğlu, s. 20-21

¹¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 600; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 760

¹² Sedat Bakıcı, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara/2008, s.751; İpekçioğlu, s.21;

¹³ Özgenç, TCK Şerhi, s. 458; benzer görüş için bkz. Zafer, s. 292

¹⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 599; Toroslu, s. 248; İpekçioğlu, s. 21

gerçekleştirildiği taksirli suçlarda düşünce aşaması bulunmaz ve bu nedenle taksirli suçlara teşebbüsten söz edilemez.

Bu durumda, sadece kasıtlı suçlarda söz konusu olan düşünce aşaması dış dünyaya yansımadağı sürece ceza hukukunun ilgili alanı dışında kalır. Bunun nedeni ise, gerek suç işleme düşüncesinin kanıtlanmasının güç olması ve failin her zaman kötü düşüncesinden geri dönme olasılığının bulunması, gerekse düşünce ile bu düşünceyi somutlaştıracak hareket, diğere bir ifadeyle suç işleme kararı ile onun gerçekleştirilmesi arasında çok büyük bir farkın bulunmasıdır.¹⁵

1.1.1.2. Hazırlık Aşaması

Suç yolunun ikinci aşaması hazırlık aşamasıdır. Fail, bir suç işlemeye yönelik düşünce aşamasının ardından karar aşamasına gelir ve ya suçu işlemeye karar verir ya da suçu işlemekten vazgeçer. Düşünce aşamasının ardından suçu işlemeye karar veren fail, işleyeceği suçu gerçekleştirmek için hazırlık yapmaya başlar. Bu aşamada fail, zihninde oluşturduğu soyut düşünceleri somutlaştırmak amacıyla bir takım adımlar atmaya başlar. Örneğin, suçta kullanacağı vasıtayı temin eder, mağdur hakkında bilgi toplar, plan yapar.¹⁶

Hazırlık hareketleri suç konusu bakımından henüz tehlike oluşturmazlar. Bir başka ifadeyle, hazırlık hareketleri bazı istisnalar hariç olmak üzere kural olarak cezalandırılmaz.¹⁷ Hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmamasının en önemli sebebi; insanlara olabildiğince geniş bir serbest alan bırakmak düşüncesidir.¹⁸ TCK'nın 35. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi hazırlık hareketlerinin cezalandırılması kişi hak ve özgürlüklerinin ihlali sonucunu doğurur. Örneğin

¹⁵ Toroslu, s.248; İpekçioğlu, s. 21

¹⁶ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler Birinci Kitap, Seçkin Yayınevi, Ankara/2002, s. 760; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 5. bası, Ankara/2007, s. 400; İpekçioğlu, s.49

¹⁷ İpekçioğlu, s. 21; Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, 2017/Ankara, s. 413; Zafer, s. 292; Hakeri, s. 313

¹⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 608; Faruk Erem-Ahmet Danışman-M. Emin Artuk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara/1997, s. 297; Zafer, s. 292

hırsızlık yapmaya karar veren fail, bu suçu gerçekleştirmek amacıyla bazı aletler satın aldığıında, dış dünyaya yansımaya suç işleme düşüncesi somutlaşmaya başlar. Ancak, düşünce aşamasında hırsızlık yapmaya karar veren faili sırf maymuncuk satın aldığı için cezalandırmak da mümkün değildir. Zira, bu maymuncuğun ileride hangi amaçla kullanılacağıının ispatı şimdiden mümkün değildir. Bu durumda, ceza hukukunun müdahalesi için, kişinin suç işleme bilinç ve iradesiyle herhangi bir biçimde faal hale geçmesi yeterli değildir.¹⁹ Suç yolunda ilerleyen fail, ancak icra hareketlerine başladığı andan itibaren ceza hukukunun müdahale alanına girmiş olur ve cezalandırılabilir bir teşebbüsten bahsedilebilir.²⁰

Buna karşılık, hazırlık hareketi niteliği taşıyan bazı eylemlerin müstakil bir suç olarak düzenlenmiş olması halinde, hazırlık hareketlerinin de cezalandırılması söz konusu olabilir. TCK'nın 220. maddesinde, kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuran veya yönetenlerin, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümle, henüz amaç suç işlenmediği halde amaç suçu işlemek üzere hazırlık hareketi niteliğinde örgüt kurmak cezalandırılmaktadır. Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, henüz icrasına başlanmamış bir suçun hazırlık hareketleri olduğu için değil, bütünüyle bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiği için cezalandırılmaktadır.²¹ Keza, devletin güvenliğine veya Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan herhangi birini işlemek üzere iki veya daha fazla kişinin anlaşmaya varması, bu suçlar açısından hazırlık hareketi teşkil ettiği halde, kanun koyucu tarafından TCK'nın 316. maddesinde²² bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir.

Bazı suçlarda ise hazırlık hareketleri tamamlanmış bir suç gibi cezalandırılmaktadır. Örneğin TCK'nın 227/1. maddesinde, “Çocuğu fuhşa teşvik

¹⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 420;

²⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 610; İpekçioğlu, s. 22; benzer görüş için bkz Özgenç, Genel Hükümler, s. 423-424; Mahmutoglu, Karadeniz, s. 783-784

²¹ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara/2014 s. 281; Hakeri, 313

²² TCK m. 316: “Bu kısmın dördüncü (devletin güvenliğine karşı suçlar) ve beşinci (anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar) bölümünde yer alan suçlardan herhangi birini işlemek üzere iki veya daha fazla kişi, maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşılırsa, suçların ağırlık derecesine göre üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir.”

eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır.” hükmü düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca cezalandırılması kabul edilen hareketler esasen hazırlık hareketleridir ancak, kanun koyucu toplumun korunması için bu tür hazırlık hareketlerinin de cezalandırılmasını öngörmüştür. Diğer taraftan, birtakım suçlar için hazırlık hareketi teşkil eden hareketler, bağımsız bir suç niteliği taşıyabilir. Örneğin, adam öldürme maksadıyla ruhsatsız tabanca satın alınması halinde, bizzat ruhsatsız tabanca alma ve bulundurma ceza sorumluluğu gerektiren bir fiildir.²³ Bazı durumlarda ise, hazırlık hareketleri bir suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmiştir. Örneğin TCK'nın 142/2. maddesinde düzenlenen taklit anahtarla binaya girme suçunda, taklit anahtarın kullanılması ağırlaştırıcı bir nedendir.

1.1.1.3. İcra Aşaması

Suç yolunun üçüncü aşaması icra aşamasıdır. Failin suç işleme kararı icrai veya ihmali bir davranış biçiminde dış dünyada somutlaşmaya başladığında icra aşaması söz konusudur.²⁴ İcra aşamasında fail somut olarak suçu işlemeye başlar ve soyut nitelikte olan suç işleme kararı, icra aşamasıyla birlikte dış dünyada somutlaşır. Örneğin, hırsızlık yapmaya karar veren failin, satın aldığı maymuncukla evin kapısını açmaya çalışması gibi. Suç işleme kararını gerçekleştirmek amacıyla somut adımlar atmaya başlayan fail, kanun koyucunun cezalandırma alanına da girmiş bulunmaktadır.²⁵

Failin cezalandırılabilmesi için, gerçekleştirdiği hareketlerin işlemeyi kastettiği suçun icra hareketleri niteliğinde olması gerekir. Failin belli bir suçu işlemeye yönelik kastı somut bir şekilde tespit edilmiş olsa dahi, cezalandırılması ancak gerçekleştirdiği hareketlerin icra hareketi niteliğine kavuşmuş olması halinde

²³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 609

²⁴ Toroslu, s.248; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.761; Aydın, s. 82

²⁵ İpekçioğlu, s. 22; benzer görüş için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. bası, Beta Yayınevi, İstanbul/2011, s. 445

mümkün olacaktır.²⁶ Ceza hukukunun müdahalesi ancak, icra hareketlerinin başlaması ile mümkün olabilir.²⁷ İcra hareketlerinin başlaması, suçun teşebbüs aşamasında kalması veya vazgeçme açısından da önem arz etmektedir. Bu bağlamda, failin icra hareketlerine başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması veya icra hareketlerini tamamladığı halde elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi halinde, teşebbüs ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle, suçun teşebbüs derecesinde kalması icra aşamasında söz konusu olmaktadır.

İşte bu aşamada, ceza hukukunun müdahale sahasını belirlemek açısından hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin sınırının çizilmesi zorunluluğu doğmaktadır. Bu ayırım, failin cezalandırılabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Ancak, gerçekleştirilen hareketlerin suçun kanuni tanımında yer alan failin icrası türünden hareketler mi, yoksa hazırlık hareketleri mi olduğu hususu ceza hukukunun tartışmalı konularından birini oluşturmaktadır. Hazırlık hareketleri ile icra hareketlerini birbirinden ayırmak kolay değilse de, doktrinde bu konuda birçok teori ileri sürülmüştür. Bu teoriler hazırlık hareketi - icra hareketi ayırımı başlığı altında incelenecektir.²⁸

Bazı suçlarda ise, icra hareketlerinin belli bir aşamaya varması, suç tamamlanmamış bile olsa tamamlanmış suç gibi cezalandırmayı gerektirmektedir. Örneğin, TCK'nın 252/1. maddesinde, "Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis

²⁶ Özgenç, TCK Şerhi, s.460; İpekçioğlu, s. 21-22; Centel, Zafer, Çakmut, s. 445

²⁷ "07.07.2014 günü saat 10:30 sıralarında suça konu yere sanık M. ile birlikte gelen sanıklar A. B. ve M. A. Ç.'nin işyeri camında 'Kiralık' ibaresini görmeleri üzerine, işyerine girmekten vazgeçip, bisikletleri ile olay yerinden ayrıldıklarının anlaşılması karşısında; hırsızlık suçunda fiil unsurunun başkasına ait taşınır bir malı bulunduğu yerden almak olduğundan ve Yeni TCK'nın Sistemi'ne esas alınan 'doğrudan doğruya icraya başlama' ölçütüne göre de sanıkların gerçekleştirdiği hareketler henüz icra hareketi niteliğine ulaşmadığından, hırsızlığa teşebbüs suçundan sanıkların unsur yokluğu nedeniyle beraatleri yerine mahkûmiyetlerine karar verilmesi hk." Yargıtay 13. Ceza Dairesi E.2016/5737, K.2017/12408

"Sanıkların 10.12.2014 bankamatikinin kamerasına bant yapıştırma eylemlerinin suç teşkil etmediği ve sanıkların bankanın bilişim sisteminin işleyişine de engel olmadıkları, herhangi bir şahsa ait kart ele geçirmeye de teşebbüs etmedikleri, bu suretle sanıkların henüz hazırlık hareketlerini icra etmişken sanık H.'nin yakalandığı anlaşılmakla; bu eylemlerinden dolayı cezalandırılmayacaklarının gözetilmemesi hk" Yargıtay 17. Ceza Dairesi, 15.02.2017 tarih ve E:2017/59, K:2017/1715 sayılı kararı

²⁸ Bkz. İkinci Bölüm, Hazırlık Hareketi – İcra Hareketi Ayırımı

cezası ile cezalandırılır.” hükmüne, aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, “Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.” hükmüne yer verilmiştir. Düzenlemeden de anlaşıldığı gibi, kanun koyucu TCK’nın 35. maddesindeki teşebbüse ilişkin genel düzenlemeden ayrılarak, rüşvet anlaşmasının yapıldığı ancak henüz rüşvetin verilmediği/alınmadığı durumlarda cezada indirim yapılmasını kabul etmemiş, tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasını öngörmüştür.

1.1.1.4. Tamamlanma ve Son Bulma Aşaması

İcra aşamasını suçun tamamlanma anı takip eder. Bu itibarla, belirli bir kanuni tipin gerektirdiği bütün unsurların suçun varlığı için gerekli ve yeterli olduğu kadarıyla gerçekleştiği anda, diğer bir ifadeyle suçun varlığı için gerekli tüm unsurların gerçekleşmesiyle tamamlanma aşaması söz konusudur.²⁹ Buna göre, tamamlanmış suç kavramı, gerçekleştirilen fiilin kanun koyucu tarafından tanımlanan suç tipiyle tam olarak benzeşmesini ifade eder. Özünde bir insan davranışı olan suç, kanunda tanımlanan soyut suç tipine tam olarak uyduğu anda tamamlanmış olmaktadır.³⁰ Bu durumda, tamamlanma anı failin amacını tam olarak gerçekleştirip gerçekleştirilmemesine göre değil, suçun kanuni tanımında öngörülen unsurların tümüyle gerçekleşip gerçekleşmemesine göre belirlenir.

Son bulma ise suçun tamamlanmasını izleyen bir evredir. Tamamlanmış suç somut ağırlığının en ileri derecesine vardığında son bulma aşaması söz konusudur.³¹ Suçun son bulması ile suç yolu kapanmaktadır. Daha açık bir anlatımla, suçun tamamlanması bir suçun gerçekleşmesi için kanunda öngörülen unsurların olgunlaşmasını, suçun sona ermesi ise suç olarak kabul edilen hukuki olayın tamamen son bulduğu anı, diğer bir ifade ile, ihlalin en ağır noktaya ulaştığı anı ifade etmektedir.³² Bazı durumlarda, suçun tamamlanması ile son bulması aşamalarının çakışması söz konusu olabilir. Bir bıçak darbesiyle işlenen yaralama olayında suçun

²⁹ Toroslu, s. 248; İpekçioğlu, s.22; Aydın, s. 82

³⁰ İpekçioğlu, s. 23; Toroslu, s. 249; Hafızoğulları/Özen, s. 327; Zafer, s. 292

³¹ Toroslu, s.249; İpekçioğlu, s. 25

³² Yüksel Ersoy, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İmaj Yayınları, Ankara/2002, s. 116; Toroslu, s. 249; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75, Beta Yayınevi, İstanbul/2010, s. 293

tamamlanması ve son bulması aşamaları çakışmaktadır. Ancak, birden fazla bıçak darbesiyle işlenen yaralama olayında ise, suç ilk bıçak darbesiyle tamamlandığı halde, son bıçak darbesiyle son bulmaktadır. Kesintisiz suçlarda da suçun tamamlanması ile sona ermesi evresi farklılık gösterebilir. Örneğin, TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişi hürriyetinden yoksun bırakılma suçunda mağdurun bir yere kapatılması ile suç tamamlanırken, kanuni tanımda öngörülen netice gerçekleşse de suç, tamamlanma ile birlikte sona ermeyip mağdurun yeniden özgürlüğüne kavuşması ile sona erer. Bu itibarla, suçun tamamlanması suçun gerçekleştiği anı ifade etmekteyken, suçun sona ermesi suç yolunun kapandığı anı ifade etmektedir.

Tamamlanmış suç, teşebbüs alanından çıkmış, suç yolu kapanmıştır.³³ Diğer bir ifadeyle, teşebbüs ancak suçun tamamlanma aşamasına kadar söz konusu olabilir. Suç tamamlandıktan sonra o suça teşebbüs mümkün olmaz. Suç tipinde belirtilen objektif unsurların herhangi birinin gerçekleşmemesi durumunda ise suç tamamlanmamıştır. Teşebbüs aşamasında kalmış suçları tamamlanmış suçlardan ayıran temel nokta tamamlanma anıdır.³⁴ Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda tamamlanma anı eksik kalmaktadır. Her ne kadar tamamlanma anının eksik kaldığı durumlarda suçun kanuni tanımında yer alan bütün unsurların gerçekleşmesinden söz edilemeyecekse de, fail bu durumlarda dahi suç yoluna girip gerçekleştirdiği hareketler haksızlık mahiyeti kazandığından, sırf suçun kanuni tanımında yer alan bütün unsurlar gerçekleşmediğinden bahisle failin cezalandırılmasından vazgeçilemez.

Ceza kanunlarında düzenlenen suçlar yönünden cezalandırma, kanuni tipteki bütün unsurların gerçekleşmesine bağlanmış, diğer bir ifadeyle, cezalar suçun tamamlanmasına göre düzenlenmiştir. Kanunda tanımlanan suç tipine uygun bir eylem gerçekleştirildiğinde suç tamamlanır ve fail, suç için öngörülen ceza ile cezalandırılır.³⁵ Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda ise, tamamlanmış suça nazaran eksik kalan unsur, sırf hareket suçlarında icra hareketlerinin tamamlanamaması,

³³ İpekçioğlu, s. 24 vd; Toroslu, s.249; Ruhan/Erdem, s. 315

³⁴ İpekçioğlu, s. 23; Toroslu, s. 249-250

³⁵ Tozman, Doktora Tezi, s. 9; Demirbaş, s. 401; benzer görüş için bkz. Zafer, s. 293-294

kanuni tanımında ayrıca bir neticeye yer veren suçlar bakımından ise icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleşmemesidir.

Manevi unsur yönünden ise teşebbüs aşamasında kalmış bir suç ile tamamlanmış suçu birbirinden ayırmak mümkün değildir. Yukarıdaki bölümlerde de ifade edildiği üzere, teşebbüs ancak ve ancak kasıtlı suçlarda söz konusu olmakta, bir başka ifadeyle suç işleme kastını gerekli kılmaktadır. Bu anlamda, teşebbüs halinde kalmış suç manevi unsur yönünden tamamlanmıştır. Teşebbüs aşamasında kalmış suçu tamamlanmış suçtan ayıran esas durum ise, failin elinde olmayan nedenlerle suçun icrasının tamamlanamaması veya neticenin gerçekleşmemesidir.

Bu noktada, birbirinden tamamen farklı olan suçun tamamlanması ile suçun cezalandırılabilmesi kavramlarını birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Suçun cezalandırılabilmesi şartı, suçun bir unsuru olmayıp, suç tüm unsurlarıyla birlikte oluştuğundan sonra, suçun cezalandırılabilmesi için kanunun gerçekleşmesini aradığı, suçun unsurlarından bağımsız, hukuki veya fiili bir olaydır.³⁶

1.2. Teşebbüsün Hukuki Niteliği

1.2.1. Teşebbüs Kavramı

Bir önceki bölümde de ifade edildiği üzere, bir suçun kural olarak çeşitli aşamalardan geçerek oluştuğu kabul edilir ve bu aşamalar sırasıyla suç fikrinin ortaya çıktığı düşünce aşaması, hazırlık aşaması, icra aşaması, tamamlanma ve son bulma aşaması olarak sıralanabilir. Teşebbüsten söz edilebilmesi için suçu işlemeye karar veren fail tarafından suçun icra hareketlerine başlanması ve fakat neticenin failin elinde olmayan bir nedenle gerçekleşmemiş olması gerekir.³⁷ Kanunda tanımlanan tipik fiilin tamamlanmaması ise, ya suçu işlemeye yönelik faaliyetlerin sonuna kadar götürülmemesi ya da suçu işlemeye yönelik faaliyetler sonuna kadar götürülmüş olmasına rağmen suçun varlığı için gerekli olan sonucun

³⁶ Hafızoğulları/Özen, s. 328

³⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.447; İpekçioğlu, s.121 vd; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 762

gerçekleşmemesi hali olmak üzere iki biçimde kendisini gösterir.³⁸ 765 sayılı Türk Ceza Kanununda (mülga) failin elinde olmayan nedenlerle işlemek istediği suçun icra hareketlerini tamamlayamaması hali eksik teşebbüs olarak, failin icra hareketlerini tamamlamasına rağmen sonucun elinde olmayan nedenlerle gerçekleşmemesi hali ise tam teşebbüs olarak tanımlanmış; eksik teşebbüse nazaran tam teşebbüse daha ağır bir ceza öngörülmüştü. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) 35. maddesinde ise teşebbüs, “Kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması” şeklinde tanımlanmıştır.³⁹

2004 tarih ve 5237 sayılı TCK, 765 sayılı mülga TCK'nın aksine eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımını kaldırmıştır. Nitekim kanun koyucu da hükmün gerekçesinde, “Suça teşebbüste fail suçu tamamlamak amacıyla hareket etmesine rağmen, elinde olmayan nedenlerden dolayı bunu gerçekleştirememektedir. Bu durumda ise kişiye tamamlanmış suça oranla daha az bir ceza verilmektedir. Ancak, teşebbüs halinde karşılaşılan en önemli sorunlardan biri, cezanın belirlenmesinde eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımının esas alınmasıdır. Çünkü eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımında her olaya uygulanabilen ve duraksamaya yer bırakmayan objektif bir ölçüt bulunmamaktadır.” diyerek eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımının kaldırılma gerekçesini ortaya koymuştur.

Yeni düzenlemeyle birlikte, suçun tamamlanmayarak teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda ceza miktarı belirlenirken işlenen fiilin doğurduğu zarar ve tehlikenin ağırlığı dikkate alınacaktır. Buna karşın, her ne kadar kanun koyucu eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımını kaldırmış ise de, öğretilerde bazı yazarlar tarafından, zarar ve tehlikenin ağırlığı belirlenirken icra hareketlerinin hangi aşamada

³⁸ Toroslu, s.252; İpekçioğlu, s. 27; Zafer, s. 293

³⁹ “Teşebbüs, suç yoluna giren ve elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başlayan failin elinde olmayan nedenlerle suç tipinin objektif nitelikteki unsurlarını kısmen veya tamamen gerçekleştirememesidir.” Öztürk/Erdem, s. 313; “Ceza hukukunda ise teşebbüs; ‘suç tanımında belirlenmiş olan fiilin icrasına elverişli hareketlerle başlanmış olmakla birlikte bu fiile ilişkin icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketleri tamamlanmış olmakla birlikte, suç tipinde ayrı bir unsur olarak belirlenmiş olan hallerde neticenin gerçekleşmemiş bulunması’ni ifade eder.” Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 598

kesildiğinin tespitinin önem arz ettiği vurgulanmaktadır.⁴⁰ Bu durumda, hareketin kesilme anına kadar ortaya çıkan zarar ve tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak alt ve üst sınırlar arasında bir ceza tayin edilecektir.

1.2.2. Teşebbüsün Hukuki Niteliği ve Cezai Temeli

Teşebbüsün hukuki niteliğinin nasıl saptanacağı hususu büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda, teşebbüsün hukuki mahiyeti konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kimi yazarlar teşebbüsü bağımsız bir suç tipi olarak değerlendirirken, kimi yazalar da teşebbüse ilişkin hükümlerin tamamlayıcı ve ceza sorumluluğunu genişletici bir niteliğe sahip olduğunu savunurlar. Doktrindeki bir kısım yazarlar ise, teşebbüsün hafifletici bir neden olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürerler. Bu bölümde, teşebbüsün hukuki mahiyetine ilişkin temel görüşlerin izahından sonra, Türk Ceza Kanunu'nun sistematığı açısından teşebbüsün hukuki niteliğine değinilecektir.

1.2.2.1. Teşebbüsün Bağımsız Bir Suç Olduğu Görüşü

Doktrinde kimi yazarlar, teşebbüsü tamamlanmış suça oranla bağımsız, tek başına uygulanabilen ve kendi bakımından yeterli bir suç olarak görmekte ve teşebbüsün Ceza Kanununun özel hükümler bölümünde düzenlenmesi gerektiği ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, teşebbüs hükümleri tamamlanmış suç tipini oluşturur ve kanunda öngörülen gerekli bütün unsurlara sahiptir.⁴¹ Bu görüş taraftarlarınca, failin hedeflediği sonuca nedensellik açısından elverişli bir şekilde yönelmesine rağmen, suçlu iradesinin dış dünyadaki göstergesi olan maddi unsuru tamamlamadığından, kanun koyucunun tamamlanmamış bir hareketi veya

⁴⁰ Aynı görüş için bkz İpekçioğlu, s. 29; Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara/2005, s. 407

⁴¹ İpekçioğlu, s. 32

gerçekleşmemiş bir sonucu cezalandırdığı, bu nedenle, teşebbüsün kendine özgü bir nitelik taşıdığı ve teşebbüsün kendine özgü bir suç olduğu ileri sürülmüştür.⁴²

1.2.2.2. Teşebbüsün Asıl Suçu Tamamlayıcı Nitelikte Olduğu Görüşü

Haksızlık teşkil eden bazı insan davranışlarının ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmasıyla güdülen asıl amaç, belirli hukuki değerlerin daha etkin bir şekilde korunmasıdır.⁴³ Hukukumuzda kanunsuz suç ve ceza olmayacağı ilkesi benimsenmiş olup, söz konusu ilke uyarınca hiç kimse kanunda suç olarak öngörülmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Teşebbüs hükmüne genel kısımda yer verildiği ve herhangi bir istisna öngörülmediği için, teşebbüs hükümleri kural olarak her suç tipi için uygulanabilen genel nitelikte hükümlerdir. Çeşitli suç türlerinin düzenlendiği kanunun özel kısmında ise, suç tiplerinin tamamlanmış hallerine yer verilmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, bir kişinin cezalandırılabilmesi için kanuni tarife uygun bir suçun işlenmesi, yani suçun tamamlanması gerekmektedir. Bu nedenle, işlenmesi kast edilen suçun kanuni tarifine göre bir eksikliği ifade eden teşebbüs halinde kişilerin cezalandırılmaması gerekir.⁴⁴ Diğer bir ifadeyle, teşebbüs düzenlemesi olmasaydı, teşebbüs aşamasında kalmış suç kanunda yer alan tamamlanmış suç tarifine uymadığından suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği suç işlemeye teşebbüs eden failin cezalandırılması mümkün olmayacaktı.⁴⁵ Bu nedenle, teşebbüs aşamasında kalmış fiillerin de cezalandırılabilmesi için suçun kanuni tarifinin yanı sıra, fiilin icrasının tamamlanamaması veya neticenin gerçekleşmemesi durumunda da cezalandırmaya imkan tanıyan düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu bilgilerden hareketle, eğer ki TCK'nın 35. maddesinde teşebbüse ilişkin düzenlemeye yer verilmeseydi, teşebbüs aşamasında kalan suçların cezalandırılması mümkün olmayacak, aksi durum suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecekti.

⁴² Pervin Aksoy İpekçioğlu, Teşebbüs Kurumu ve Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İÜHFM, S.2, s. 83

⁴³ Özgenç, Genel Hükümler, s.421

⁴⁴ Koca/Üzülmez, s. 407

⁴⁵ Doğan Soyaslan, Teşebbüs Suçu, Kazancı Yayınevi, Ankara/1994, s. 51; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara/2002, s. 218; Zafer, s. 294

Diğer bir ifadeyle, teşebbüse ilişkin hükümler, cezalandırılabilirliği genişleten hükümler niteliğindedir.⁴⁶ Böylece teşebbüse ilişkin hükümler, suç yaratan normlarda tanımlanan yasağı, failin bu fiilleri işlemeye yönelik davranışlarda bulunduğu durumlara doğru genişletir ve bu fiillerin tam olarak gerçekleşmediği durumları da, normda yer alan yasağın kapsamına dahil eder.⁴⁷

Teşebbüse ilişkin hükümlerin en önemli özelliği tek başına bir anlam ifade etmemeleri, diğer bir anlatımla tek başına uygulanamamaları, ancak suçun düzenlediği norma bağlı olarak uygulanmalarıdır.⁴⁸ Böylece teşebbüs hakkındaki hüküm, tamamlanmış suça ait hükmü genişleten, onu tamamlayan bir hüküm olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda teşebbüs hükmünün tamamlayıcı özelliğini yerine getirebilmesi için her şeyden önce kanunda teşebbüse ilişkin söz konusu düzenlemenin varlığı gerekir. Bu nedenle teşebbüs, iki kuralın bir araya gelmesinden meydana gelen bir suç şeklidir.⁴⁹ Bu normlardan birincisi, yani belli bir suçu yaratan norm asli bir nitelik taşır; ikincisi, yani genişletici norm (m.35) ise tali bir niteliğe sahiptir. Bu iki norm birlikte yeni ve esas normda öngörülen suçun adını taşımasına rağmen ondan bağımsız bir niteliğe sahip olan bir suçu ortaya koyar.⁵⁰

1.2.2.3. Teşebbüsün Hafifletici Bir Neden Olduğu Görüşü

Doktrinde bazı yazarlar, teşebbüsün asıl suça oranla daha az bir zarar ya da tehlike meydana getirdiğini, bu nedenle suçun basit şekli için kanunda öngörülen cezayı hafifletici bir etkiye sahip olduğunu, diğer bir ifadeyle teşebbüsün tamamlanmış suçun bir kısmını oluşturduğunu savunurlar. Teşebbüste fiil, tesadüfi olarak ortaya çıkan engel bir neden dolayısıyla tamamlanamadığından, bu durum hafifletici bir neden olarak öngörülmektedir.⁵¹ Nitekim, teşebbüsün cezalandırılmasında uygulanan ilk kural, tamamlanmış suç için öngörülen cezadan

⁴⁶ “Böylece bu hükümler, bunların yokluğu halinde kanunilik ilkesi nedeniyle karşılanması mümkün olmayan hareketleri cezalandırılabilir hale getirerek yeni yükümlülükler yaratır.” Tozman, Doktora Tezi, s. 14; Toroslu, s.255-256; İpekçioğlu, s.35; Koca/Üzülmez, s.407; İçel, s. 494

⁴⁷ Koca/Üzülmez, s. 407; Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, İstanbul/1994, s. 46; Zafer, s. 294

⁴⁸ İpekçioğlu, s. 33; İçel, s.494; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 218

⁴⁹ Tozman, Doktora Tezi, s.14; Toroslu, s. 256; Koca/Üzülmez, s. 408

⁵⁰ Toroslu, s. 256; Demirbaş, s. 401

⁵¹ İpekçioğlu, Teşebbüs Kurumu, s. 85

belli bir oranda indirim yapılmasıdır. Bu görüşe göre, teşebbüs aşamasında kalan suça daha hafif bir ceza verileceğinden, teşebbüs tamamlanmış suçun hafifletici nedenini oluşturmaktadır.⁵²

1.2.2.4.Değerlendirme

TCK'da teşebbüs kurumu genel hükümler kısmında, suçun özel görünüş şekli olarak düzenlenmiştir. Buradan hareketle, teşebbüsün TCK'nın özel hükümler kısmında düzenlenen bütün suç tipleriyle ilişkilendirilebileceği düşünülebilir. Teşebbüsü özel kısımdaki suçların özel bir görünüşü olarak niteleyen belirgin özellikleri -yani bir icraya başlama ve tamamlanmama- özel kısımda yer alan her suça teşebbüste aynıdır ve bu yüzden de kural olarak her suç tipine uygulanabilir.⁵³ Teşebbüse ilişkin hükümlerin tek başına bir anlam ifade etmediği, somut olayda tek başına uygulanamayacağı ve ancak tamamlanmış suçla ilgili norma bağlı olarak uygulanabileceği dikkate alındığında, teşebbüsü bağımsız bir suç tipi olarak değerlendirmek mümkün değildir. Nitekim ceza kanunlarında başlı başına genel bir teşebbüs suçu bulunmamakta, tamamlanmış herhangi bir suça teşebbüse ilişkin hükümler uygulanmaktadır.⁵⁴ Bu durumda, teşebbüse ilişkin hükümler, maddi unsuru tamamlanmamış veya kısmen gerçekleşmiş fiillerin de cezalandırılmasını sağladığından, ceza kurallarının uygulama alanını genişletici niteliktedir.⁵⁵

Önceki bölümde de izah edildiği üzere, teşebbüs halinde kalan suç iki ayrı normun bir araya gelmesinden ortaya çıkmaktadır. Teşebbüste, fail işlemeye karar verdiği suçun icrasına elverişli hareketlerle başladığı halde, ya suçu işlemeye yönelik faaliyetler sonuna kadar götürülememiş ya da suçu işlemeye yönelik faaliyetler sonuna kadar götürülmekle birlikte netice gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla teşebbüs, tamamlanmış bir suçun hafifletici nedeni değildir. Çünkü, her şeyden önce, suça etki eden hafifletici nedenler suçun tipik biçimine nazaran daima bir fazlalığı ifade

⁵² İpekçioğlu, s. 34-35

⁵³ Tozman, Doktora Tezi, s.15-16; İpekçioğlu, s.175; İçel, s.512-513; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 4. baskı, Ankara/2017, s. 557

⁵⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 462; İpekçioğlu, s.33; İçel, s.494

⁵⁵ Ersoy, s. 117; Akbulut, s. 558

etmelerine karşın, teşebbüs bir azlığı, eksikliği ifade etmektedir.⁵⁶ Çoğu kez, belirtilen bu eksiklik, teşebbüs derecesinde kalan suçun, tamamlanmış suça nazaran tam olmayan suç veya eksik suç sayılmasına da neden olmuştur. Ancak bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Zira, kendi niteliği ve bütünlüğü içinde bakıldığında teşebbüsün tamamen kendine özgü olduğu ve eksik bir yanının bulunmadığı, tam tersine tüm unsurlarıyla birlikte tam ve tamamlanmış suça benzer olarak, kanunun kendisine ceza müeyyidesi bağladığı bir insan davranışı olduğu gözlenmektedir.⁵⁷ Diğer bir ifadeyle, suça etki eden nedenler suçun basit şekline eklenen ve cezanın ağırlaşmasına ve hafifletilmesine neden olan hallerdir ve teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da suça etki eden hafifletici bir neden bulunabilir.

Suç yolu açısından değerlendirildiğinde teşebbüs, suçun tamamlanmasından önce ve fakat hazırlık hareketlerinden sonra gelen, başlamış ama bitirilememiş bir durumu ifade eder. Bu nedenle, failin bu sebeple cezalandırabilmesi için fiilin icrasının tamamlanamaması veya kanuni tanımda yer alan neticenin gerçekleşmemesi halinde de cezalandırmaya imkan tanıyan bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Diğer bir ifadeyle, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya kanuni tarifteki neticenin gerçekleşmemesi durumunda da failin cezalandırılabilmesi için, buna imkan tanıyan düzenlemeler gerekmektedir. Bu yüzden suçun teşebbüs derecesinde kalması halinde de kişinin cezalandırılmasını mümkün kılan hükümler düzenlenmiştir.⁵⁸ Bu durumda, teşebbüse ilişkin hükümler cezalandırılabilirliği genişleten yardımcı bir norm niteliğindedir ve ancak tamamlanmış suçu düzenleyen normlara bağlı olarak uygulanabilir. Bu bakımdan, kanaatimizce suçun teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde de cezalandırılmasına imkan tanıyan hükümler genişletici bir etkiye sahiptir. Teşebbüse ilişkin hükümler suç yaratan kurallarda tanımlanan yasağı, failin bu fiilleri tam olarak gerçekleştirilmeyip, sadece bunları gerçekleştirmeye yönelik davranışlarda bulunduğu durumlara doğru genişletir.⁵⁹ Bu durumda Kanun, sadece öldürme, yaralama, hırsızlık vb. suçları işleyen kişileri değil, aynı zamanda bu suçları işlemeye teşebbüs eden kişileri de cezalandırmaktadır.

⁵⁶ Toroslu, s. 256; İpekçioğlu, s. 35

⁵⁷ Hafızoğulları/Özen, s. 330

⁵⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 603; Akbulut, s. 556

⁵⁹ Toroslu, s. 255; Zafer, s. 294; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara/2007, s. 307

1.3. Teşebbüsün Cezalandırılma Nedeni

1.3.1.Genel Olarak

Önceki bölümlerde ifade edildiği üzere, teşebbüsün cezalandırılabilmesi için, kanunlarda açık bir hükmün bulunması gerekmektedir. Failin icra hareketlerinin tamamlamadığı veya kanuni tarifteki neticenin gerçekleşmediği, diğer bir ifadeyle suçun henüz tamamlanmadığı durumlarda da teşebbüsün ceza yaptırımıyla karşılanması, beraberinde çeşitli tartışmalar doğurmuş ve teşebbüsün cezalandırılabilirliği yönünden çeşitli teoriler ortaya atılmış; söz konusu teoriler ışığında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Teşebbüsün cezalandırılmasının nedenine dair teorileri objektif görüşler ve sübjektif görüşler ile karma görüşler olmak üzere üç başlık altında incelemek mümkündür. Söz konusu teorilerden birisinin veya diğerinin kabulü özellikle;

- Teşebbüsten dolayı cezanın indirilmesinin zorunlu olup olmadığı,
- İcra hareketlerinin ne zaman başlamış sayılacağı,
- Elverişsiz teşebbüsün (işlenemez suçun) cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda önemli sonuçları vardır.⁶⁰

1.3.2.Teşebbüsün Cezalandırılmasını Açıklayan Temel Görüşler

1.3.2.1. Objektif Görüşler

Objektif görüşler, teşebbüsün cezalandırılma nedenini, fail tarafından gerçekleştirilen tipik hareketin suçun koruduğu hukuki yarar veya suç konusu

⁶⁰ Öztürk/Erdem, s. 317

üzerinde meydana getirdiği tehlikeye dayandırmaktadır.⁶¹ Buna göre, suç tamamlanmasa dahi, korunan hukuki yarar bakımından somut bir tehlike söz konusu ise, suça teşebbüs cezalandırılmalıdır.⁶² Bu görüş, failin hareketinin korunan hukuki değer üzerinde yarattığı tehlikeyi göz önüne aldığından, suçlu idareye önem vermez ve failin hareketi ile suçlu iradesi ortaya çıksa dahi cezalandırılma söz konusu olmaz.⁶³ Teşebbüsün cezalandırılma nedenini açıklayan objektif görüşleri kendi içinde nedensellik ilişkisine dayandıran görüş ve hareketin menfaat üzerinde yarattığı tehlikeye dayandıran görüş olmak üzere iki başlık altında incelemek mümkündür.⁶⁴

1.3.2.1.1. Teşebbüsün Cezalandırılma Nedenini Nedensellik İlişkisine Dayandıran Görüş

Bu görüşün taraftarlarına göre, nasıl ki tamamlanmış suç için hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının varlığı zorunludur, o halde teşebbüs açısından da nedensellik bağının bulunması koşuluyla hareketin objektif açıdan tehlikeli olduğu kabul edilebilir.⁶⁵ Doktrinde, tamamlanmış suçlar bakımından gerçek nedensellik anlayışının yanında, gerçekleşmeyen sonuç bakımından da ikinci (potansiyel) bir nedensellik anlayışının ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Söz konusu potansiyel nedensellik suç tamamlanmamış olsa dahi objektif bir tehlike yarattığından, bu tehlikeliliğin teşebbüsün cezalandırma nedenini oluşturduğu ileri sürülmüştür.⁶⁶

Bu görüş, teşebbüsün cezalandırılma nedenini, suç sonucunu oluşturabilmesi bakımından potansiyel nedensellik değeri taşıyan hareketlerin objektif tehlikeliliği ve sonucu meydana getirebilecek elverişli hareketlerin tehlikeliliği olmak üzere iki kavram ile açıklamaktadır.⁶⁷ Buna göre hareketin tehlikeliliği somut olay sonrasında yapılacak ex post bir değerlendirme ile tespit edilecek; failin suçu oluşturmayan

⁶¹ Öztürk/Erdem/Özbek, s. 217; Akbulut, s. 559; Öztürk/Erdem, s. 360; Zafer, s. 294

⁶² Centel/Zafer/Çakmut, s. 440; Zafer, s. 294; Akbulut, s. 559; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 217

⁶³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 440; Zafer, s. 294; Öztürk/Erdem, s. 361;

⁶⁴ İpekçioğlu, s. 36-37

⁶⁵ İpekçioğlu, s. 36

⁶⁶ Sözüer, s. 50-51; İpekçioğlu, s. 36

⁶⁷ Sözüer, s. 59; İpekçioğlu, s. 37

hareketleri potansiyel nedensellik değeri taşıyor ise objektif olarak tehlikeli, taşıyor ise objektif olarak tehlikesiz kabul edilecektir.⁶⁸

Teşebbüsün cezalandırılma nedenini nedensellik ilişkisine dayandıran görüşün en çok eleştirilen yönü ise, olay sonrası yapılan bir değerlendirme ile hareketin potansiyel olarak doğurabileceği sonuçları kesin olarak ortaya koyarken çeşitli güçlüklerle karşılaşılacak olmasıdır.⁶⁹

1.3.2.1.2. Teşebbüsün Cezalandırılma Nedenini Hareketin Menfaat Üzerinde Yarattığı Tehlikeye Dayandıran Görüş

Sübjektif görüşe göre teşebbüsün cezalandırılmasının temel sebebi, hareketin, korunan hukuki menfaat üzerinde meydana getirdiği tehlikedir.⁷⁰ Diğer bir deyişle failin hareketi, büyük bir ihtimalle tipe uygun neticeyi gerçekleştirecek ve dolayısıyla hukuki menfaati tehlikeye sokacaktır.⁷¹ Failin suçu meydana getirmek üzere gerçekleştirmiş olduğu hareketin tipik neticeyi gerçekleştirme olasılığı, suçun konusu üzerinde bir tehlike doğurduğu için cezalandırılmaktadır.⁷² Tamamlanmış suçta, failin kasıtlı hareketi sonucunda suçla korunmak istenen hukuksal değerler ihlal edilmektedir. Oysa teşebbüs durumunda ise bu ihlal, suçun tamamlanması olasılığı ve hukuksal değerlerin tehlikeye sokulması biçiminde ortaya çıkmaktadır.⁷³ Suçlu hareket, sosyal nizam, hukuki güvenlik, kanunun himaye ettiği menfaat için tehlike yaratan harekettir. Bu nedenle teşebbüsün varlığı için hukuka karşı fiili bir tecavüz ve tehlike olması gerektiği ileri sürülmektedir.⁷⁴

Bu görüş, objektif tehlikeliliğin ex-ante bakış açısıyla incelenmesi ve hareketin yapıldığı andaki koşulların üçüncü kişilerce normal hayat tecrübelerine

⁶⁸ Sözüer, s. 51; İpekçioğlu, s. 37

⁶⁹ İpekçioğlu, s.37

⁷⁰ İpekçioğlu, s.37; Koca/Üzülmez, s. 408

⁷¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 603

⁷² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 448

⁷³ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul/2016, s. 495; İpekçioğlu, s. 37

⁷⁴ Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s. 26-27

göre değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁷⁵ Buna göre, teşebbüsün cezalandırılma nedeninin temelinde, korunan hukuki menfaatin somut olarak tehlikeye maruz bırakılması yatmaktadır.⁷⁶ Bir başka ifadeyle, bu görüşte suçlu iradeye önem verilmez ve failin cezalandırılması için somut tehlike aranır. Korunan hukuki menfaat üzerindeki tehlike ancak failin icra hareketlerine başlamasıyla söz konusu olacağından, objektif teoriyle beraber hazırlık hareketleri cezalandırma kapsamı dışında tutulmuş ve böylece bireylerin özgürlük alanı genişlemiştir. Bu görüşün taraftarları, mutlak elverişsiz teşebbüs olarak adlandırılan davranışların (örneğin; failin mağduru şekerle zehirlemek istemesi, gerçekte gebe olmayan kadının çocuk düşürücü ilaçlar kullanması)⁷⁷ cezalandırılmayacağını savunmaktadırlar.⁷⁸

Bu görüş de, ex-ante değerlendirme esnasında koşulların tamamının değerlendirilmesinin güçlüğü, koşulların bir kısmının değerlendirilememesi durumunun ise keyfi uygulamalara yol açabileceği sebebiyle eleştirilerin hedefi olmuştur.⁷⁹

3.1.2.2. Sübjektif Görüşler

Bu görüş, objektif görüşe karşı Almanya'da Von Buri tarafından ortaya atılmış olup pozitivistler tarafından savunulduğu için pozitivist teori olarak da adlandırılmaktadır.⁸⁰ Sübjektif görüşe göre teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni failin suç işleme yönünde gösterdiği irade ve bu iradenin dışa yansması, diğer bir ifadeyle failin tehlikeliliğidir.⁸¹ Bu görüş taraftarları, dışa yansıyan suç işleme iradesinden dolayı failin cezalandırılması gerektiğini ileri sürmektedir.⁸² Hareketi ile tehlike arz eden bir kişiliğe sahip olduğunu, hukuk düzeni bakımından tehlikeli bir

⁷⁵ Sözüer, s. 125; İpekçioğlu, s. 38; Akbulut, s. 560

⁷⁶ İpekçioğlu, s. 38

⁷⁷ İçel, s. 495

⁷⁸ İpekçioğlu, s. 38

⁷⁹ Sözüer, 69; İpekçioğlu, s. 39

⁸⁰ Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s.

⁸¹ Öztürk/Erdem/Özbek, s. 217; Akbulut, s. 560; Özbek, s. 398; Öztürk/Erdem, s. 360

⁸² Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri Filiz Kitabevi, İstanbul/1992, s. 386; Ersoy, s. 117; Zafer, s. 294; Centel/Zafer/Çakmut, s. 439

karakter yapısı taşıdığını gösteren fail, cezalandırılmalıdır.⁸³ Bu bağlamda, failin iradesi önem kazanmaktadır.

Teoriye göre teşebbüs, failin suç işleme kastını ortaya koyar ve asıl olan failin dış dünyaya yansıyan suçlu iradesidir. Bu nedenle, tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalan suç arasında bir fark bulunmadığı savunulur.⁸⁴ Görüş taraftarları, failin iradesinin toplum açısından gösterdiği tehlikeyi esas alır. Diğer bir ifadeyle, teşebbüs hali failin tehlikelilik durumunu ortaya koymaktadır.⁸⁵ Bu durumda teşebbüs sadece bir suç işleme kararı değil, ortaya konmuş ve dış dünyada somutlaşmış bir suç işleme kararıdır. Bu görüşe göre asıl önemli olan husus failin suçlu iradesinin ortaya çıkması olduğu için, netice bakımından hareketin elverişliliği ve suçun konusunun bulunmaması dikkate alınmaz.⁸⁶

Cezalandırılabilir bir teşebbüs için önemli olan suçlu iradenin açığa çıkması olduğu için, bu görüş taraftarlarınca tamamlanmış suç ile teşebbüs derecesinde kalmış suç arasında verilecek ceza yönünden fark gözetilmemektedir. Zira failin suçlu iradesi her iki halde de yapılan fiil ile ortaya çıkmıştır.⁸⁷ Diğer bir ifadeyle teori, teşebbüste, tamamlanmış suça oranla cezada bir indirim yapılmasını mutlaka mecburi kılmaz.⁸⁸

Sübjektif görüşlerin objektif görüşlere nazaran önemli bir farkı da, suça teşebbüsü hazırlık hareketlerine doğru genişleterek işlenemez suçlarda dahi teşebbüsün varlığını kabul etmesidir.⁸⁹ Özetlemek gerekirse, sübjektif görüşler failin suç işleme iradesini herhangi bir şekilde ortaya koymasını yeterli gördüğü için,

⁸³ M. Emin Artuk, Suçun Özel Görünüş Şekilleri, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul/1989, s. 244; İpekçioğlu, s. 41; Koca/Üzülmez, s. 409

⁸⁴ İpekçioğlu, s. 41; Akbulut, s. 561

⁸⁵ İpekçioğlu, s. 41; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara/2007, s. 402

⁸⁶ Toroslu, s. 254; İpekçioğlu, s. 41; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 787; Zafer, s. 294

⁸⁷ Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s. 31; İpekçioğlu, s. 41-42; Akbulut, s. 561

⁸⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 602; Centel/Zafer/Çakmut, s. 440; Emin Artuk, Suçun Özel Görünüş Şekilleri, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul/1989, s. 245

⁸⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 602; İpekçioğlu, s. 41; Zafer, s. 294; Centel/Zafer/Çakmut, s. 440; Koca/Üzülmez, s. 787

toplumun düzenini ve huzurunu bozan bu tür tehlikelilik halinin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin cezalandırılması gerektiğini savunur.

3.1.2.3. Karma Görüşler

Sübjektif görüşler cezalandırma alanını çok genişlettiği için objektif görüşlerle desteklenerek bu aşırılık ortadan kaldırılmaya çalışılmış ve her iki görüşün bağdaştırılmasıyla ortaya yeni görüşler atılmıştır. Bu görüşlerin esasını da failin iradesi oluşturmakla birlikte, bu esas objektif görüşlerle tamamlanmaktadır.⁹⁰

Ortaya atılan karma teorilerden birisi etki teorisidir. Özellikle Alman hukukunda egemen olan bu teoriye göre teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni, failin bir ceza normuna karşı çıkışın ifadesi olan iradi bir hareketle toplumun güven duygusunu sarsarak hukuki barışı zedelemesi, toplum düzeni açısından bir tehlike yaratmasıdır.⁹¹ Teorinin taraftarları, bu teorinin sübjektif teorinin sınırsızlığı ve objektif teorinin pratikte uygulanamaması nedeniyle doğan cezalandırma boşlukları arasında bir ara formül bularak teminat oluşturduğunu, öte yandan, objektif ve sübjektif kriterlerin birbirinin alternatifi olmayıp bütün olarak objektif ve sübjektif teorinin teşebbüsün değerlendirmesinde birlikte kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir.⁹²

Önceki bölümde de ifade edildiği gibi, objektif bir ceza hukuku sistemi tamamen korunan menfaatin zarar görmesine dayalı olduğu için teşebbüsü cezalandırmazken, sübjektif bir ceza hukuku sistemi ise, tamamlanmış suç ile teşebbüs arasındaki her türlü farkı reddeder.⁹³ İşte bu noktada etki teorisi taraftarları da, sübjektif teorinin cezalandırmanın sınırını aşırı ölçüde genişlettiğini, objektif teorinin ise bu sınırı belirlemede yetersiz kaldığını ileri sürerek, bu iki teoriyi birleştirerek teşebbüsün cezalandırılmasını iki sebebe bağlamaktadır. Bu sebepler ise,

⁹⁰ Sözüer, Suça Teşebbüs, s. 107; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 217; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 787

⁹¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız, s.448; İpekçioğlu, s. 42; Koca/Üzülmez, s. 408, 409; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 217; Özbek, s. 398; Centel/Zafer/Çakmut, s. 441

⁹² Centel/Zafer/Çakmut, s. 441; Tozman, Doktora Tezi, s. 29

⁹³ Toroslu, s. 255; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 217

failin iradesinin hukuki barışı zedeleyecek şekilde dış dünyaya yansması ve failin hareketinin korunan hukuki menfaat üzerinde doğrudan doğruya tehlike yaratmasıdır.⁹⁴

Demek ki etki teorisi failin iradesini esas almakta sübjektif görüşten hareket etmekte fakat hareketin toplum üzerinde oluşturduğu bozucu etkisini de göz önüne alarak objektif teoriyi de dikkate almaktadır. Ancak etki teorisi de çeşitli yönlerden eleştiri almıştır. Zira bu görüş her şeyden önce failin suç işleme istediğinin dış dünyaya belirtisi olan hareketin ruhsal bir tesir bırakması şeklinde tespiti zor olan bir kriteri temel almaktadır.⁹⁵

Karma görüşlerden bir diğeri ise fail teorisi. Teori, teşebbüsün cezalandırılabilirliğini failin tehlikeliğine dayandırmaktadır.⁹⁶ Fail teorisi, teşebbüsün cezalandırılma nedenini gerek failin hareketinin korunan menfaat üzerinde gerçekleştirdiği somut tehlikeye, gerekse de failin suç işleme iradesinin ortaya çıkmasına dayandırmaktadır.⁹⁷

3.1.2.4. Değerlendirme

İnsanların toplum halinde yaşama mecburiyeti, cezai yaptırımları zorunlu ve mecburi kılmaktadır. Bu durumda ceza, toplum düzenini bozan eylemlere karşı sosyal bir tepki teşkil eder ve hukuk düzeninin ve devletin devamı için vazgeçilmez bir olgudur. Nitekim ceza kanunlarının ortaya çıkış sebebi de, toplumdaki sosyal düzeni ve bireyler arasındaki sosyal barışı sağlamak ve korumaktır. Fail tarafından iradi olarak yapılan ve toplumsal düzeni bozan fiil, korunan hukuki menfaat üzerinde bir zarar veya tehlike taşıyorsa, ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmakta ve cezalandırılmaktadır.

⁹⁴ İpekçioğlu, s. 42; Akbulut, s. 561; Özbek, s. 398

⁹⁵ İpekçioğlu, s. 42

⁹⁶ Koca/Üzülmez, s. 410; Centel/Zafer/Çakmut, s. 441; Akbulut, s. 561

⁹⁷ İpekçioğlu, s. 43; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul/2005, s. 457

Kişi hakkında ceza müeyyidesinin uygulanması, işlediği fiilin ceza kanununda yasaklanan suç tipine uygun olmasına bağlıdır. Kişi, işlemeyi kast ettiği suça ilişkin icra hareketlerini tamamladığında veya suç tipinde ayrıca bir netice öngörülmüşse bu netice gerçekleştiğinde, o suç için kanunda öngörülen yaptırım ile cezalandırılır.⁹⁸ Failin icra hareketlerini sonuna kadar götüremediği veya icra hareketlerini sonuna kadar götürmesine rağmen neticenin gerçekleşmediği durumlar da ise teşebbüs söz konusudur. Ceza kanunlarındaki soyut suç tanımları genelde tamamlanmış suçlara ilişkindir. Bu nedenle, teşebbüs aşamasında kalmış fiillerin de cezalandırılabilmesi için suçun kanuni tarifinin yanı sıra, fiilin icrasının tamamlanamaması veya neticenin gerçekleşmemesi durumunda da cezalandırmaya imkan tanıyan düzenlemelere ihtiyaç vardır. Teşebbüs aşamasında kalan davranışların ceza yaptırımı ile karşılanması ise, ancak gelişmiş ceza hukuku sistemlerinin ortaya çıkıp kurumsallaşmasıyla mümkün olabilmiştir.⁹⁹

Fail, suçun kanuni tarifinde belirlenmiş olan fiilin icrasına başlanmış olmakla birlikte, bu fiile ilişkin icra hareketlerini henüz tamamlanmamış olabileceği gibi, fiil icra edilmiş olmakla birlikte, suçun kanuni tarifinde ayrıca bir unsur olarak belirlenmiş olan netice henüz gerçekleşmemiş olabilir. İşte böyle durumlarda suçun kanuni tarifindeki bütün unsurların gerçekleşmiş olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak, bu ihmallerde dahi fail suç yoluna (iter criminis) girmiş ve gerçekleştirdiği hareketler bizatihi bir haksızlık mahiyeti kazanmıştır. Bu nedenle, suç yoluna girmiş olan bu failin, suçun kanuni tarifindeki bütün maddi unsurlar gerçekleşmediği gerekçesiyle cezalandırılmasından vazgeçilemez.¹⁰⁰ Ancak, icra hareketlerinin tamamlanamadığı veya kanuni tarifteki neticenin gerçekleşmediği durumlarda da failin cezalandırılmasına ve buna imkan tanıyan düzenlemelere ihtiyaç vardır. Suçun tamamlanma aşaması kadar olmasa bile teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda da kamu düzeni sarsılmış, insanlar can ve mal güvenliklerinin bulunup bulunmadığını kendi kendilerine sormuşlardır.¹⁰¹

⁹⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 598; Demirbaş, s. 401

⁹⁹ Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s. 39

¹⁰⁰ Özgenç, TCK Şerhi, s. 458

¹⁰¹ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 267

Teşebbüsün cezalandırılma sebebini açıklayan yukarıda değindiğimiz teoriler tek başına yeterli olmadığından, günümüzde karma bir yol izlenmektedir. Belirli bir suça teşebbüs durumunda failin kastı kapsam ve içerik bakımından tamamlanmış suçtakinden farklı değildir.¹⁰² Diğer bir ifadeyle işlemek istediği suç teşebbüs aşamasında kalan failin kastı, suçu teşebbüs aşamasında bırakmaya değil, söz konusu suçun tamamlanmasına yöneliktir.¹⁰³ Bu görüşten hareketle, doktrinde bazı yazarlar tarafından teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında, esasa ilişkin bir fark bulunmadığı, terk farkının yasal formülde kendisini gösterdiği ve bu itibarla teşebbüsün cezalandırılmasını gerektiren nedenin, tamamlanmış suçun cezalandırılmasını gerektiren nedenin aynısı olduğu ileri sürülmüştür.¹⁰⁴

Türk ceza hukuku yönünden teşebbüsün cezalandırılması, dayanağını 35. madde hükümlerinden alır. Önceki bölümlerde ifade edildiği üzere bu hüküm, cezai sorumluluğu genişletici bir etkiye sahiptir. Yabancı birçok ceza kanununda olduğu gibi 5237 sayılı TCK da eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayırımına yer vermemiş, adil ve eşit bir cezalandırma bakımından, teşebbüs hareketinin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının esas alınmasını öngörmüştür. Bunun doğal bir sonucu olarak da TCK'da teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından mutlak bir ceza indirimi kabul edilmiş ve hakime sadece indirim oranının belirlenmesi bakımından takdir yetkisi verilmiş; buna karşın failin tam cezası ile de cezalandırılabilme yetkisi tanınmamıştır.¹⁰⁵ Gerçekten de TCK m.35 teşebbüs durumunda zorunlu ceza indirimi öngördüğü gibi, cezada yapılacak indirim¹⁰⁶ açısından da “meydana gelen zarar ve

¹⁰² “Kanaatimizce, teşebbüsün cezalandırılmasının sebebini, teşebbüsün hukuki niteliği ile bir arada çözümlenmek gerekir. Gerçekten teşebbüsün, tamamlanmış suça ait hükmü genişleten ve bu itibarla onu tamamlayan bir hüküm olduğuna yukarıda işaret etmiştik. Sonuç olarak, teşebbüsün, tamamlanmış suçtan tamamıyla ayrı bir hukuki varlığı yoktur; böyle olunca da, teşebbüsün niçin cezalandırıldığını anlamak için, tamamlanmış suçun hangi sebepten dolayı cezalandırıldığını tespit etmek yeterlidir.” Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 1, Beta Yayınları, 14. Bası, İstanbul/1997, s.416; Demirbaş, s. 401

¹⁰³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 605

¹⁰⁴ Toroslu, s. 254; Aydın, s. 91

¹⁰⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 449; Akbulut, s. 575; Özbek, s. 399; Öztürk/Erdem, s. 362

¹⁰⁶ “Hemen bütün kanunlar, tamamlanmış suç ile teşebbüs arasında fark gözetirler ve teşebbüs halinde kalan suça, tamamlanmış suçun cezasına oranla, daha hafif bir ceza verirler. Bu kanunlar arasında bazıları, teşebbüsün tam veya nakis olması açısından fark gözetmez ve her iki teşebbüs biçiminde de failin cezasını aynı biçimde; diğer bazı kanunlar ise, teşebbüsün iki şeklini ayırarak, tam teşebbüse, tamamlanmış suça oranla daha hafif, nakis teşebbüse de tam teşebbüse oranla daha az bir ceza verilmesini kabul ederler. Birinci grup kanunlara örnek olmak üzere 1930 İtalyan Ceza Kanunu (m.56), İzlanda (m.29), Macar (m.18/2, 3), Yunan (m.42) Ceza Kanunları, ikinci kategori kanunlar bakımından da eski İtalyan (m.61, 62), İsviçre (m.21, 22), İspanyol (m.3, 39, 51, 52) ve Türk (m.61,

tehlikenin ağırlığı”nı göz önünde bulundurmaktadır. Öte yandan teşebbüsün bir koşulu olarak hareketin elverişli olması da arandığı için, şayet failin hareketi suç tanımında öngörülen neticeyi gerçekleştirmeye elverişli değilse, fail suç işleme iradesini ortaya koymuş olmasına rağmen teşebbüsten dolayı cezalandırılması da söz konusu olmayacaktır.¹⁰⁷

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, 5237 sayılı TCK’nın 35. maddesindeki tanım ile madde gerekçesinde failin kastını esas alan sübjektif teorinin kabulü halinde sorumluluk alanının aşırı genişleyeceği ifadesine yer verildiği hususları dikkate alındığında, TCK’nın objektif teoriyi benimsediği anlaşılmaktadır. Madde gerekçesinde, işlenmek için icra hareketlerine başlanan ve teşebbüs halinde kalan fiilin korunan hukuki konuyu tehlikeye düşürmesi nedeniyle cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Ayrıca, TCK’nın 35. maddesinde her hareketin değil, “doğrudan doğruya icraya başlama” niteliği taşıyan hareketlerin teşebbüs sayılacağı ifade edilmiş, failin iradesiyle ilgili herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Diğer taraftan, teşebbüs halinde zorunlu bir ceza indirimi öngörülmüştür. Hal böyle olunca, TCK’nın objektif teoriyi benimsediği anlaşılmaktadır.

Kanaatimizce de, kanun koyucuyu henüz tamamlanmayan bir fiili cezalandırmaya sevk eden neden, objektif anlayış paydasında toplanan görüşlerdir. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu tıpkı tamamlanmış suçlar gibi teşebbüs derecesinde kalan hareketleri de hoş karşılamamakta; fiilin antisosyal niteliğini esas alarak teşebbüs derecesinde kalan hareketleri de cezalandırmaktadır.¹⁰⁸

62) Ceza Kanunları gösterilebilir. Bunun dışında teşebbüsle tamamlanmış suç arasında ayırım yapmayan ve daima aynı cezanın verilmesini kabul eden kanunlar da vardır; mesela Avusturya (m.8), Bulgar (m.16), Grönland (m.8) ve Fransız (m.2) Ceza Kanunları bu gruba girerler.” Dönmezer/Erman, s. 413

¹⁰⁷ Öztürk/Erdem/Özbek, s. 218; Öztürk/Erdem, s. 317-318

¹⁰⁸ İpekçioğlu, Teşebbüs Kurumu, s. 112; Demirbaş, s. 401

İKİNCİ BÖLÜM

TEŞEBBÜSÜN UNSURLARI

2.1. Genel Olarak

Bir önceki bölümde suç yolunun aşamaları, teşebbüsün hukuki niteliği ve cezalandırılma sebebi konuları üzerinde durduk. Somut bir olayın suç tipine uygun olup olmadığının anlaşılabilmesi ve bu bağlamda cezalandırılabilmesi için unsurlarının ortaya konulması gerekir. İşte bu nedenle, tezin ikinci bölümünde teşebbüsün kurucu unsurlarını inceleyeceğiz.

5237 sayılı TCK'nın "Suça Teşebbüs" başlıklı 35. maddesinde; "Kişi, işlemeyi kast ettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur." hükmü düzenlenmiştir. Her suç gibi, teşebbüs derecesinde kalan suçun da unsurları vardır.¹⁰⁹ İşte teşebbüs derecesinde kalan suçların da genel kurucu unsurları biri maddi, diğeri manevi olmak üzere iki unsurdan ibarettir. O halde, TCK'nın 35. maddesi hükmünden de anlaşılacağı üzere teşebbüs derecesinde kalan suçun maddi unsuru elverişli hareketlerle doğrudan doğruya suçun icrasına başlama ancak tamamlayamama; manevi unsuru ise suç işleme kastıdır. Herhangi bir suça teşebbüsten bahsedebilmek için, kurucu unsurların tümünün mutlaka bulunması gerekir.

Herhangi bir suça teşebbüs edilebilmesi için, kurucu unsurların (maddi ve manevi) tümünün var olması gerekmektedir. Ayrıca bir ön şart olarak, teşebbüs edilen eylemin teşebbüse elverişli olması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'nın teşebbüsü düzenleyen 35. maddesi genel hükümler bölümünde düzenlendiği ve

¹⁰⁹ "Şu halde, suçun genel kurucu unsurları, biri maddi unsur (veya maddi fiil), diğeri manevi unsur (veya kusurlu irade) olmak üzere iki unsurdan ibarettir." Toroslu, s. 108

maddede “işlemeyi kast ettiği bir suçu” ibaresine yer verildiğinden, bir an için, TCK’nın özel hükümler bölümünde tanımlanan tüm suç tiplerinin teşebbüse elverişli olduğu düşünülebilir. Bir suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı ise ancak o suç tipinin incelenmesiyle anlaşılabilir. Çalışmanın üçüncü bölümünde çeşitli suç tipleri açısından teşebbüsün mümkün olup olmadığı inceleneceğinden, bu bölümde kısa bir açıklama yapmakla yetiniyoruz.

2.2. Teşebbüsün Manevi Unsuru

Manevi unsur, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağı ifade eder ve fiilin psikolojik yönden de faile bağlanabilmesini gerektirir. Bu bağ tesis edilmeden bir suçun varlığından söz edilemez.¹¹⁰ Suçun kurucu unsurlarından birisi olan manevi unsurun varlığı teşebbüste de söz konusudur ve teşebbüs aşamasında kalan bir suç, tıpkı tamamlanmış suç gibi manevi unsur bakımından tamamlanmıştır.¹¹¹ TCK’nın 35. maddesinde “işlemeyi kast ettiği” ibaresi yer aldığından, teşebbüs aşamasında kalmış suç her şeyden önce kasıtlı bir suçtur. Diğer bir ifadeyle, fail ancak sonucunu bilerek ve isteyerek işlemek istediği suçlara teşebbüs edebilir. Bu kuraldan çıkan en önemli sonuç ise, taksirli suçlarda suça teşebbüsün mümkün olmadığıdır.¹¹² Bu nedenle, bu bölümde teşebbüsün kurucu unsurlarından manevi unsurun bir türü olan kast üzerinde durulacaktır.

2.2.1. Suç İşleme Kastı

Sorumluluğun temel şartı, insan davranışının iradi olarak gerçekleştirilmesidir. Bu itibarla, insan, iradi olarak gerçekleştirmediği bir fiil hukuka aykırı olsa bile, bu fiilden dolayı sorumlu tutulmayacaktır.¹¹³ TCK’nın 21. maddesinde; “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” hükmü düzenlenmiştir. Nitekim, TCK’nın 35. maddesi hükmü uyarınca teşebbüsten söz

¹¹⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 225; Toroslu, s. 171; İpekçioğlu, s. 161

¹¹¹ Devrim Aydın, Suça Teşebbüs, AÜHFD, Yıl:55, S.1, Ankara/2006, s. 87; İpekçioğlu, s. 162

¹¹² Hafızoğulları/Özen, s. 331; İpekçioğlu, s. 177

¹¹³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 225; Toroslu, s. 215

edebilmek için belli bir suç işleme yönünde kastla hareket edilmesi gerekmektedir. Gerçekten, failin amacını veya amaçlarından birini oluşturan neticeyi gerçekleştirmeye yönelik ruhsal bir çaba, teşebbüs düşüncesinin zorunlu unsurunu oluşturduğundan, teşebbüs, bir suç işleme iradesini, yani bir suç işleme kastını gerekli kılmaktadır.¹¹⁴ Tamamlanmış suçlarda kast ne anlama geliyorsa, teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından da aynı anlama gelir.¹¹⁵ Başka bir anlatımla, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda kastın türü bakımından ayrı bir düzenleme bulunmadığına göre, bu konuda tamamlanmış suçlarda söz konusu olan genel ilkeler geçerlidir.¹¹⁶

Tıpkı tamamlanmış suçlarda olduğu gibi teşebbüs derecesinde kalan suçlarda da kast, suç tipinin objektif nitelikteki tüm unsurlarını içermelidir. Diğer bir anlatımla, failin iradesi hem davranışın, hem de sonucun gerçekleştirilmesine yönelmiş olmalıdır.¹¹⁷ Bu nedenle failin kastı suç tamamlamaya yönelik olmalıdır. Kastın varlığı bakımından, teşebbüs derecesinde kalan bir suç ile tamamlanmış bir suç arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. O halde, tamamlanmış suç hangi kasıtle işleniyorsa, teşebbüs derecesinde kalan suç da aynı kastla işlenmelidir.¹¹⁸ Bu esastan çıkan önemli sonuç şudur ki, tamamlanmış suç nasıl bir kastla işlenebiliyorsa, teşebbüs halinde kalan suçun da aynı kastla işlenmesi mümkündür. Buna karşılık doktrinde bazı yazalar tarafından, tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalmış suç arasında, manevi unsur açısından fark olduğu ileri sürülmüştür.¹¹⁹

¹¹⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 329; benzer görüş için bkz. Soyaslan, Genel Hükümler, s. 268; Toroslu, s. 252

¹¹⁵ “teşebbüste aranan kast, icrasına başlanmış cürmü (suçu) teşebbüs derecesinde bırakma kastı olmayıp, söz konusu suç tamamlamaya yönelmiş kasttır. Bu itibarla teşebbüs kastından söz edilemez. Tamamlanmış suç için ayrı, teşebbüs derecesinde kalmış suç için ayrı bir kast düşünülemez.” Yargıtay CGK 04.06.1990, 5-101/156, YKD Kasım 1990, s.1700, alıntı Öztürk/Erdem, s.321; benzer görüş için bkz Koca/Üzülmez, s. 412; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 605; Hafizoğulları/Özen, s. 331; Demirbaş, s. 403; Akbulut, s. 561

¹¹⁶ Öztürk/Erdem, s.318-319; benzer görüş için bkz. “İrade bakımından ‘teşebbüs’ ile tamamlanmış suç’ arasında fark yoktur.” Erem/Danışman/Artuk, s. 293

¹¹⁷ Toroslu, s. 181; İpekçioğlu, s. 112

¹¹⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 331; Dönmezer/Erman, s. 417; Centel/Zafer/Çakmut, s. 458

¹¹⁹ Karşıt görüş için bkz: “Burada suç sonuna kadar götürme kastı söz konusu olduğundan, teşebbüs halinde kalmış suça ilişkin kastın, işlenmek istenen tamamlanmış suça ait kastın aynı olduğu yolundaki yaygın görüş doğru sayılamaz. Böyle olsaydı, hedef alınan suç yönünden söz konusu olabilen bütün kast biçimlerinin ve bu arada olası kastın teşebbüs yönünden de geçerli olması gerekirdi. Oysa durum böyle değildir. Kast tipik fiili bilmek ve istemek olduğuna göre, teşebbüs

Tamamlanmış suçlarda olduğu gibi teşebbüs derecesinde kalan suçlarda da kastın tespiti konusu özel bir önem arz eder. Manevi unsur, insanın iç dünyasına ait bir unsurdur ve sanığın kastla hareket edip etmediği, ancak somut olayda sanığın dışa yansıyan davranışlarından yola çıkılarak tespit edilebilir. Teşebbüs derecesinde kalan suçlarda ise kanuni tip tamamlanmadığı için bunun tespitindeki zorluk daha da artmaktadır. Suç işleme kastıyla hareket eden failin kastının neye yönelik olduğunun belirlenmesi gerekir. Yerleşik Yargıtay içtihatları uyarınca, 5237 sayılı TCK'nın 21/1. maddesine göre, suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olan ve failin iç dünyasını ilgilendiren kast, dış dünyaya yansıyan davranışlara bakılarak, daha açık bir ifadeyle, failin olay öncesi, olay sırası ve olay sonrası davranışları ölçü alınarak belirlenmelidir. Diğer taraftan, fail ile mağdur arasında husumet bulunup bulunmadığı, varsa husumetin nedeni ve derecesi, failin suçta kullandığı saldırı aletinin niteliği, darbe sayısı ve şiddeti, mağdurun vücudunda meydana getirilen yaraların yerleri, nitelik ve nicelikleri, hedef seçme imkânı olup olmadığı, failin fiiline kendiliğinden mi, yoksa engel bir nedenden dolayı mı son verdiği gibi ölçütler esas alınmalıdır. Kastın belirlenmesi açısından her bir olayda kullanılması gereken ölçütler farklılık gösterebileceğinden, tüm bu olguların olaysal olarak ele alınması gerekmektedir.¹²⁰

TCK'nın 21. maddesinde belirtildiği üzere kast, kanunun yasakladığı (icrai suç) veya emrettiği (ihmali suç) bir neticeyi bilerek ve isteyerek işlemek veya işlememektir. O halde kast, bilme ve isteme olmak üzere iki unsurdan oluşur ve kasttaki bilme ve isteme unsurlarının suça teşebbüs açısından da aynen bulunması zorunludur.

halinde kalmış suçlarda bu, işlenmesi kastedilen bir suçu işlemeye elverişli davranışları gerçekleştirmek bilinç ve iradesinden ibarettir.” Toroslu, s. 262, 263

¹²⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 07.02.2017 tarih ve E.2016/1-1320, K.2017/58 sayılı kararı

2.2.1.1. Kastın Bilme ve İsteme Unsuru

Kast, özelliğini isteme unsurundan alsa da sadece bundan ibaret değildir. Kimse bilmediği bir şeyi isteyemeyeceğinden, bilme, istemeden önce gelmektedir.¹²¹ Failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için suçun kanuni tanımında yer alan bütün objektif unsurları öngörmüş, diğer bir ifadeyle bilmiş ve suçun sonucunu istemiş olması gerekir. Daha açık bir ifadeyle, suça teşebbüsle ilgili değerlendirme yapılabilmesi, failin hangi suçu işlemeyi kastettiğinin belirlenmesini gerektirir. Failin gerçekleştirdiği davranış ile bir suçu işlemeye teşebbüs edip etmediğini, eğer etmişse hangi suça teşebbüs ettiğini belirleyebilmek için öncelikle kastın varlığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu itibarla, tıpkı tamamlanmış suçlarda olduğu gibi, teşebbüs aşamasında kalan suçta da, işlenmek istenen suç tipindeki bütün unsurlar failce bilinmelidir.¹²² Bu açıklamalar uyarınca, kast (doğrudan kast), öngörülen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelik irade olup kanunda suç olarak tanımlanmış eylemin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile oluşur. Fail hareketinin kanuni tipi gerçekleştireceğini biliyorsa doğrudan kastla hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir.

Ceza hukuku bağlamında failin bilmek ve istemek unsurlarından oluşan kastının her olayda mutlak surette tespitine yarayacak kesin bir kural koymak mümkün değildir. Yine de, her ne kadar kast kişinin iç dünyasına ilişkin olsa da; fail ile mağdur arasındaki ilişki, suç aleti, suçun işleniş biçimi, meydana gelen neticenin ağırlığı gibi kriterler bakımından bir değerlendirme yapıldığında failin iç dünyasına ilişkin kastının dış dünyada objektif bir yansımasının bulunduğu görülecektir. Failin iç dünyasına ilişkin olan kastının, yine bizzat fail tarafından dışa yansıtılması olan bu unsurlardan yararlanarak, failin suçu kasten işleyip işlemediği, meydana gelen neticeyi isteyip istemediği hususunda bir kanaate ulaşılmaktadır.¹²³

¹²¹ Toroslu, s. 185; Tozman, Doktora Tezi, s. 44

¹²² İçel Suç Teorisi, Kayıhan İçel, Füsun Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver 2. Kitap, 2. Baskı, İstanbul, 2000, s. 315; Öztürk/Erdem, s. 319; Sözüer, Suça Teşebbüs, s. 160

¹²³ Birtek, Fatih, Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009 C. 58, S. 2

Doktrinde de, kasıtlı suçlarda fiil ile fail arasında bir psikolojik bağ bulunması gerektiği, bu bağın hem hareketin hem de neticenin bilinmesi ve istenmesi olduğu ifade edilmiştir.¹²⁴ Öte yandan, suça teşebbüsle ilgili değerlendirme yapılabilmesi, failin hangi suçu işlemeyi kastettiğinin belirlenmesini gerektirir ki buna sübjektif unsur denir. Failin gerçekleştirdiği davranış ile bir suçu işlemeye teşebbüs edip etmediğini, eğer etmişse hangi suça teşebbüs ettiğini belirleyebilmek için öncelikle kastın varlığının belirlenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, tıpkı tamamlanmış suçta olduğu gibi, teşebbüs aşamasında kalan suçta da, işlenmek istenen suç tipindeki bütün unsurlar failce bilinmelidir.¹²⁵ Bilinmesi gerekli unsurların neler olduğu ise her bir suçun yapısına bağlıdır. Bu konuda, her bir suçu birbirinden farklılaştıran özellikleri ifade eden kanun koyucunun koyduğu tipik model, yani tipikleştirilmiş olan davranış belirleyicidir. Böyle olunca, örneğin, öldürme suçunda kastın olabilmesi için, failin, hareketinin hedefinin insan olduğu bilmiş olması gerekmektedir; çünkü bu suçu nitelendiren özellik, Kanunun 81. maddesinin tanımına göre, bir insanın öldürülmesidir.¹²⁶

Uygulamada özellikle, adam öldürmeye teşebbüs suçuyla yaralama suçunun birbirinden ayrılması büyük zorluklara yol açmıştır. Bir eylemin kasten öldürmeye teşebbüs mü, yoksa kasten yaralama mı sayılacağına belirlenmesi sırasında; suç nedeni, kullanılan aletin cinsi, kullanılış şekli, isabet alınan bölge, darbe adedi ve şiddeti, failin suçtan önceki ve sonraki davranışları, aradaki husumet, hedef seçme olanağının bulunup bulunmadığı, mağdurdaki yaraların yerleri ve nitelikleri, failin fiiline kendiliğinden mi, yoksa engel bir nedenden dolayı mı son verdiği gibi ölçütlere başvurulmaktadır.¹²⁷ Zira, fail yaralama kastıyla hareket etmiş ve mağduru

¹²⁴ Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s. 7; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 219

¹²⁵ İçel Suç Teorisi, Kayıhan İçel, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu, Yener Ünver, 2. Kitap, 2. Baskı, İstanbul/2000, s. 315; Akbulut, s. 563; Centel/Zafer/Çakmut, s. 442

¹²⁶ Tozman, Doktora Tezi, s. 45

¹²⁷ “Kasten yaralama suçu ile kasten öldürme suçuna teşebbüs arasındaki ayırıcı kriter manevi unsurun farklılığına dayandığından, sanığın kastının öldürmeye mi, yoksa yaralamaya mı yönelik olduğunun çözülmesi gerekmektedir.

5237 sayılı TCK’nun 21/1. maddesine göre, suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olan ve failin iç dünyasını ilgilendiren kast, dış dünyaya yansıyan davranışlara bakılarak, daha açık bir ifadeyle, failin olay öncesi, olay sırası ve olay sonrası davranışları ölçü alınarak belirlenmelidir.

İlkeleri, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun istikrar bulunan ve süregelen kararlarında açıklandığı üzere, bir eylemin kasten öldürmeye teşebbüs mü, yoksa kasten yaralama mı sayılacağına belirlenmesinde; fail ile mağdur arasında husumet bulunup bulunmadığı, varsa husumetin nedeni ve

yaralamışsa kasten tamamlanmış yaralama suçundan; fail öldürme kastıyla hareket etmiş ancak sonuç gerçekleşmemiş ise adam öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacaktır. Bu nedenle, her bir olayda kastın belirlenmesi farklılık gösterebileceğinden, yukarıda yer verilen tüm bu olguların olaysal olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.¹²⁸

2.2.1.2. Olası Kast ve Teşebbüs

Olası kast halinde teşebbüsün söz konusu olup olmayacağı, bu çalışmanın üçüncü bölümünde “Bazı Suçlar Yönünden Teşebbüs Sorunu” başlığı altında ayrıntılı bir şekilde tartışılmıştır. Bu nedenle bu bölümde yalnızca konunun esası hakkında genel bir bilgi verip konu hakkında kanaatimizi belirtmekle yetineceğiz.

TCK'nın 21/2. maddesine göre; “Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.” Olası kastla teşebbüsün bir arada bulunup bulunamayacağı hususu doktrinde tartışmalı bir konudur. Ancak, kanaatimizce teşebbüs derecesinde kalmış suçların olası kastla işlenmesi mümkün değildir. “Netice olası kastı belirler” ilkesi gereği, failin öngördüğü ancak vazgeçmeyerek hareketine devam ettiği durumlarda, ancak öngörülen neticenin gerçekleşmesi durumunda faili sorumlu tutmak mümkün olur. Fail tarafından öngörülen ancak kabullenilen olası sonuçların gerçekleşmemesi durumunda, faili bu sonuçlara teşebbüsten cezalandırmak “netice olası kastı belirler” ilkesiyle çelişmektedir.

derecesi, failin suçta kullandığı saldırı aletinin niteliği, darbe sayısı ve şiddeti, mağdurun vücudunda meydana getirilen yaraların yerleri, nitelik ve nicelikleri, hedef seçme imkânı olup olmadığı, failin fiiline kendiliğinden mi, yoksa engel bir nedenden dolayı mı son verdiği gibi ölçütler esas alınmalıdır.

Kastın belirlenmesi açısından her bir olayda kullanılması gereken ölçütler farklılık gösterebileceğinden, tüm bu olguların olaysal olarak ele alınması gerekmektedir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu 07.03.2017 tarih ve E.2016/3-103, 2017/127 sayılı kararı

¹²⁸ Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara/2015, s. 81

Diğer taraftan, teşebbüs derecesinde kalan suçlarda failin işlemeyi kast ettiği suçun icrasına doğrudan doğruya başlaması gerekmektedir. Hareketin doğrudan doğrualığı ile olası kastın bir arada bulunması ise mümkün değildir.¹²⁹

2.2.1.3. Özel Kast ve Teşebbüs

Bazı fiillerin suç sayılması için genel kast, yani failin kanunun suç saydığı bir fiili bilerek ve isteyerek işlemiş olması yeterli iken, bazı suçların ise belli bir saikle, özel bir amaçla işlenmiş olması gerekmektedir. Faili harekete geçiren saikin suçun unsuru olarak kabul edildiği hallerde, söz konusu saik “özel kast” olarak adlandırılmaktadır.¹³⁰

İşte bu gibi durumlarda, failin özel amacı bazı suçlara verilecek olan cezayı etkilemekte ve ceza üzerinde ağırlaştırıcı veya azaltıcı bir etki göstermektedir. Söz konusu saik bazı durumlarda ise bir suçu başka bir suça dönüştürebileceği gibi, maddi unsurları birbirine benzeyen suçları ayırmada da esas alınmaktadır.¹³¹ Bu itibarla, tamamlanmış suçun gerçekleşmesi için özel kastın arandığı durumlarda, suçun teşebbüs şekli bakımından da aynı türden özel kast gereklidir.

Belirli bir suçun tamamlanmış şekli bakımından failin özel bir kasta sahip olması zorunluysa, o suçun teşebbüs derecesinde kalması durumunda da aynı türden kastın varlığı gereklidir. Örneğin, hırsızlık suçu bakımından failin yararlanmak özel kastıyla hareket etmesi gerektiğinden, bu suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda da, failin yararlanma amacına sahip olması gerekir.¹³² Özetle, tamamlanmış suçun varlığı için özel kast aranıyorsa, teşebbüsün cezalandırılması için de failin özel kastla hareket etmesi gerekir.¹³³

¹²⁹ İpekçioğlu, s. 179; benzer görüşler için bkz. İçel, s. 498; Hafizoğulları/Özen, s. 345

¹³⁰ Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 145-147; İpekçioğlu, s. 174; Toroslu, s. 188-189

¹³¹ Toroslu, s. 189; İpekçioğlu, s. 174, ; Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 145-147

¹³² İçel, s. 498

¹³³ Dönmezer/Erman, s.417; benzer görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 606; Hafizoğulları/Özen, s. 331; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 219

2.3. Maddi Unsur

2.3.1. Genel Olarak

Kanuni tanımdan hareketle, teşebbüs derecesinde kalan bir suçun maddi unsurlarını belirlemek mümkündür. Teşebbüsün varlığı, dolayısıyla failin cezalandırılması için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlanılmış olması ve kişinin elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanamaması gerekmektedir. Bu tanımdan hareketle, teşebbüsün maddi unsurunun pozitif ve negatif olmak üzere iki alt unsura ayrıldığını söyleyebiliriz.¹³⁴ İşte, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama pozitif; suçun tamamlanamaması ise negatif unsuru oluşturmaktadır.

Kanuni tanımda öncelikle hareketin elverişliliğine yer verilmişse de, kanunun tanımında yer alan unsurların kaleme alınış sırası doğru değildir. Zira, öncelikle failin hareketi doğrudan doğruya icraya yönelik olmalı, ardından bu hareketin tipik sonucu doğurmaya elverişliliği üzerinde durulmalıdır. Bu çalışmada öncelikle doğrudan doğruya icra hareketlerine başlama, ardından hareketin elverişliliği üzerinde durulacaktır.

2.3.2. Pozitif Unsur

2.3.2.1. İcra Hareketlerine Başlama

İcra aşaması suçun hareket unsurunu oluşturmaktadır. Ancak bu hareket herhangi bir hareket olmayıp bir takım özelliklere sahip olması gerekmektedir. Bu itibarla, hareket her şeyden önce bir insan davranışı olmalı ve suç işleme kararına dayalı olarak ortaya konulmalıdır.¹³⁵ Teşebbüs derecesinde kalmış bir suçtan bahsedebilmek için, hazırlık hareketlerinin bitip icra hareketlerini başlamış olması gerekmektedir. TCK m.35'te de, "*elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya*

¹³⁴ Toroslu, s. 262; İpekçioğlu, s. 46

¹³⁵ Koca/Üzülmez, s. 413; İpekçioğlu, s. 47

başlayıp da” denilmek suretiyle bu koşula işaret edilmiştir. Görüldüğü üzere, kanun, suç yolunda, düşünce aşaması ile maddi eyleme dönüşen sonuca götürücü davranışları bir ayırımı tabi tutarak bunlardan sadece suçun icrasına başlama biçiminde ortaya çıkan hareketleri suça teşebbüste zorunlu görmekte ve cezalandırmakta; ama bu nitelikte olmayan hareketleri kişinin hürriyet alanı saymakta, dolayısıyla cezalandırmamaktadır.¹³⁶ Daha açık bir ifadeyle, teşebbüs için icra hareketi niteliğindeki hareketlerin gerçekleştirilmesi arandığından, kural olarak hazırlık hareketlerinin cezalandırılması mümkün değildir.¹³⁷

2.3.2.1.1. Hazırlık Hareketleri

Önceki bölümlerde de ifade edildiği üzere, suçun kural olarak çeşitli aşamalardan geçerek oluştuğu kabul edilir ve suçun meydana gelinceye kadar geçirdiği aşamaların bütününe “iter criminis” (suç yolu) adı verilir. Suç yolunun aşamaları ise, düşünce aşaması, hazırlık aşaması, icra aşaması, tamamlanma ve son bulma aşamaları olarak sıralanabilir. Suç tamamlanmadığı, suçu işlemeye yönelik faaliyetler sonuna kadar götürülemediği veya suçu işlemeye yönelik faaliyetler sonuna kadar götürülmesine rağmen neticenin gerçekleşmediği durumlarda, teşebbüs aşamasında kalmıştır. Ancak, teşebbüsün ceza hukukunu ilgilendirmeyen davranışlarla olan sınırını ortaya koymak ve cezalandırılabilir teşebbüsün ne zaman başladığını tespit etmek kolay değildir.¹³⁸

Hazırlık hareketleri, bir suçu işlemek konusunda gerekli hazırlıkların yapılmasını ifade eder.¹³⁹ Fail bu aşamada çoğu zaman suçu işlemek için gerekli olan araçları sağlar, mağdur hakkında bilgi toplar, plan yapar veya suçu işlemek için en uygun zaman ve yeri belirler.¹⁴⁰ Örneğin, hırsızlık suçunu işlemeye karar veren kişi kapıyı açmak için gerekli olan aletleri satın alabilir veya adam öldürme suçunu işlemeye karar veren kişi silah temin edebilir. Hazırlık hareketleri kural olarak

¹³⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 331-332; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 219

¹³⁷ Koca/Üzülmez, s. 413; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 772-773; Öztürk/Erdem, s. 314; Hafizoğulları/Özen, s. 327; Demirbaş, s. 406

¹³⁸ Toroslu, s. 257; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 220

¹³⁹ Dönmezer/Erman, s. 412; İpekçioğlu, s. 49; Centel/Zafer/Çakmut, s. 444

¹⁴⁰ Toroslu, s. 256; İpekçioğlu, s. 49

cezalandırılmazken, icra hareketleri cezalandırılır.¹⁴¹ Bir hukuk devletinde, dış dünyaya yansıyan bir insan hareketi, icra hareketi niteliği kazanmadığı sürece, iştirak gibi durumlar dışında, suç sayılamaz ve ceza hukukuna konu teşkil edemez.¹⁴²

Suç yolu açısından değerlendirildiğinde, hazırlık hareketleri zamansal olarak icra hareketlerinden önce gerçekleşirler. Hazırlık hareketleri, fail tarafından işlenmesine karar verilen suçun tipik hareketi olmamakla birlikte, söz konusu suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadırlar.¹⁴³ Bu nitelikteki hareketlerin hiçbiri işlenmek istenen suçu kesin olarak ortaya koyamadığı gibi failin suç işleme düşüncesinden her an vazgeçmesi de söz konusu olabilir. Zira hazırlık hareketlerinde bir belirsizlik ve şüphe vardır.¹⁴⁴ Yine, suç işleme kararı olmaksızın da bir suçun hazırlığı olarak nitelendirilen hareketlerin yapılması mümkündür. Örneğin, bir kişinin silah satın almasının sayısız sebebi olabilir. Kişi, adam öldürme suçunu işlemek maksadıyla silah satın almış olabileceği gibi, kendini korumak maksadıyla da silah satın alabilir.

¹⁴¹ “Suça teşebbüs yönünden, hukuksal durumunun değerlendirilmesinde; sanığın F. ile yaptığı telefon görüşmelerinden iki gün sonra F'nin evine gitmesi şeklinde gerçekleşen hareketlerinin suç yönünden hazırlık yada icra hareketi kapsamında olup olmadığının belirlenmesi kaçınılmazdır. Bu bağlamda TCK'nın 35. maddesinde hazırlık ve icra hareketleri arasındaki farkın objektif bir ölçüye dayandırılması amacıyla madde metninde "doğrudan doğruya icraya başlama" ifadesi kullanılmıştır. Buna göre teşebbüsten sözedebilmek için aranan birinci koşul gerçekleştirilen fiilin icra hareketi niteliğinde olması yanında TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkrasının kanuni tanımındaki icra hareketlerinden birine sanığın başlamış olması gerekir ayrıca sanığın suçu işlemeye yönelik kastının tespit edilmiş olması sorumluluğunun belirlenmesi için gereklidir. Ancak sadece kastın belirlenmesi sanığın suça teşebbüsten sorumlu tutulması için yeterli değildir.

Kısaca sanığın suçu işlemeye yönelik kastla gerçekleştirdiği eyleminin aynı zamanda suçun icra hareketi niteliğini taşıması gerekmektedir.

5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinin gerekçesinde;

"Suça teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık - icra hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtlayıcı sorunu haline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilirlerdir.

Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki "kastı şüpheye yer bırakmayacak" ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine "doğrudan doğruya icraya başlama" ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanmış sayılacaktır." Şeklindeki içerik de gözetildiğinde; sanık A'nın F'nin evine gitme şeklinde gerçekleşen eyleminde kast belirlenemediği gibi eyleminin hazırlık hareketi kapsamında kaldığı anlaşılmalı, açıklanan gerekçelerle sanığın üzerine atılı suçun unsurları da oluşmadığı halde beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi" Yargıtay 20. Ceza Dairesi 27.10.2016 tarih ve E:2016/2345, K:2016/5287 sayılı kararı

¹⁴² Öztürk/Erdem, s. 322; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 219; benzer görüş için bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 297

¹⁴³ İpekçioğlu, s. 49; Centel/Zafer/Çakmut, s. 444

¹⁴⁴ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 273; Erem/Danışman/Artuk, s. 297; Akbulut, s. 565; Aydın, s. 93

İcra aşamasında ise fail, somut olarak suçu işlemeye başlar ve soyut nitelikte olan suç işleme kararı, icra aşamasıyla birlikte dış dünyada somutlaşır.

Hazırlık hareketlerinin anlamının belirsizlik göstermesi, bu aşamada suç işleme kararının henüz tam bir kesinlikle ortaya konulmamış olması, suç işleme planından vazgeçme ihtimalinin oldukça yüksek bulunması ve nihayet basit şüphelere dayanılarak kişi hak ve özgürlüklerinin aşırı baskı altına alınmasının önlenmek istenmesi gibi nedenlerle bu tür hareketlerin cezalandırılmayacağı genel olarak benimsenmektedir.¹⁴⁵ Doktrinde, hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmamasının en önemli sebebi, insanlara olabildiğince geniş bir serbest alan bırakmak düşüncesi olarak ifade edilmiştir.¹⁴⁶

Hazırlık hareketlerinin ilke olarak cezalandırılmamasına ilişkin olarak iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan, tehlikesizlik¹⁴⁷ teorisine göre; hazırlık hareketlerinin sonuca uzak olduğu ve bu nedenle işlenmek istenen suç bakımından tehlike oluşturmayacağı kabul edilir. Bu teori uyarınca, hazırlık hareketlerinin tehlike başlangıcı göstermediği kabul edilir ve bu türden hareketlerin cezalandırılmaması, toplumun korunması açısından bir eksilik sayılmamaktadır.¹⁴⁸ İradenin zayıflığı¹⁴⁹ teorisine göre ise, bu aşamada failin iradesinin hangi suça yönelik olduğu belirlenemeyeceğinden hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması gerektiği ileri sürülmektedir.

2.3.2.1.2. Hazırlık ve İcra Hareketleri Ayrımına İlişkin Görüşler

Hazırlık ve icra hareketleri suçun oluşum sürecinde iki farklı aşamadır. Hazırlık hareketleri zamansal olarak icra hareketlerinden önce gerçekleşirler ve kural

¹⁴⁵ Toroslu, s. 257; Centel/Zafer/Çakmut, s. 444; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 219

¹⁴⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 608; Erem/Danışman/Artuk, s. 297

¹⁴⁷ “Bu nevi hareketler, failin bir suç işlemek gayesini güttüğünü açığa vursalar dahi, neticeye uzak hareketler olmaları itibarıyla de tehlikeli değildirler.” Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 772-773; Centel/Zafer/Çakmut, s. 444

¹⁴⁸ İpekçioğlu, s. 50

¹⁴⁹ “Şu halde, neticeye uzak olup failin iradesinin açık seçik bir biçimde hangi suça yönelik olduğunun tespitinin mümkün olmadığı hallerde, hazırlık hareketleri cezalandırılmaz.” Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 772; Centel/Zafer/Çakmut, s. 444

olarak cezalandırılmazlar. Ancak, çoğu zaman bu iki farklı aşama iç içe geçmiş durumdadır ve hareketin niteliğini belirlemek beraberinde pek çok güçlük doğurur. Fail tarafından gerçekleştirilen hareketin hazırlık hareketi mi yoksa icra hareketi mi olduğunun belirlenmesi, teşebbüsün başlama sınırının bilinmesi bakımından büyük önem taşımaktadır.¹⁵⁰ Hazırlık hareketleri bir suç işlemek konusunda gerekli hazırlıkların yapılmasını ifade ettiğinden, bu aşamada suçun icrasına başlanmamıştır.¹⁵¹ Ancak, hangi hareketler suçun icrasına başladığını gösterir ? Hangi hareketler suçun hazırlık hareketidir ? Hangi hareketle suçun icrası başlamıştır ? İşte bu tür sorulara yanıt verebilmek amacıyla, hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayrımı konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Şimdi, bu ayrımı ortaya koyabilmek amacıyla doktrinde ileri sürülen görüşleri, objektif, sübjektif ve karma görüşler başlığı altında inceleyeceğiz.

2.3.2.1.2.1. Objektif Görüşler

Objektif görüşü savunanların ortak noktası, icra başlangıcının belirlenmesinde failinin iradesini değil, suç işleme kastına yönelik olarak gerçekleştirdiği hareketin niteliğini temel almalarıdır.¹⁵² İcra başlangıcını belirlerken failin objektif nitelik taşıyan davranışını esas alan bu görüşler, kendi içlerinde farklı teoriler şeklinde ortaya çıkmaktadır.

2.3.2.1.2.1.1. Şekli Objektif Görüş

Bu görüşü savunan yazarlara göre, hazırlık hareketi icra hareketi ayrımının çözümü suçun kanuni tanımında yatmaktadır. Yani suçun kanuni tanımındaki hareketler icra hareketidir.¹⁵³ Buna göre, suçun kanuni tanımında kurucu unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturan hareketler icra hareketi, kanuni tipte yer alan

¹⁵⁰ İpekçioğlu, s. 54; Demirbaş, s. 406; Hakeri, s. 314

¹⁵¹ Türkan Yalçın Sancar, Timuçin Köprülü, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulama Çalışmaları, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, s. 350; İpekçioğlu, s. 54

¹⁵² İçel, s. 503; İpekçioğlu, s. 54; Öztürk/Erden/Özbek, s. 220; Özbek, s. 401; Demirbaş, s. 408; Centel/Zafer/Çakmut, s. 446

¹⁵³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 613; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 778; Centel/Zafer/Çakmut, s. 446; Zafer, s. 297;

tanımın dışında kalan veya suçu hafifleten hareketler hazırlık hareketi olarak nitelendirilmektedir.¹⁵⁴ Biçimsel teoriyi savunan yazarlara göre, failin ortaya koyduğu hareketin icra hareketi sayılabilmesi için, söz konusu hareketin failin işlemeye kast ettiği suç tanımında unsur veya ağırlaştırıcı neden olarak yer alması gerekir.¹⁵⁵ Görüşe göre, tipik hareketin yapılmasıyla birlikte icra hareketleri de başlayacak¹⁵⁶; bu itibarla, suçun kanuni tanımında yer almayan hareketler hazırlık hareketi olarak değerlendirilecektir. Örneğin, bir kimseye ateş edilmesi, kasten adam öldürme suçunda suç tanımındaki “öldürmek” tanımına uyduğundan, yapılan bu hareket icra hareketidir. Buna karşılık, ateş etmeden önce tüfeğin omuza dayanması veya nişan alınması ise, suçun kanuni tanımında yer alan unsur olmadığından hazırlık hareketi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, suçun kanuni tanımında yer alan ağırlaştırıcı sebeplerden birini teşkil eden hareketler de icra hareketi sayılacaktır.

Şekli objektif teorinin icra hareketlerinin başlangıcına yönelik olarak kabul ettiği “suçun kanuni tanımında yer alan unsurları gerçekleştirilmesi” ölçütü kanunilik ilkesine uygun olmakla birlikte, bu teoriye yönelik olarak, teşebbüsün alanını çok daralttığı yönünde eleştiriler ileri sürülmüştür. Normal olarak cezalandırılması gereken icra hareketi niteliğindeki bazı hareketler, şekli objektif teorinin kabulü halinde tipikliğin gerçekleştirilmesi sayılamayacağı için, teşebbüs de söz konusu olmayacaktır.¹⁵⁷ Örneğin, bu ölçüt esas alındığında hırsızlık yapmak için bahçe duvarını aşan, evin kapısını kıran, sahte anahtarı kullanan kimsenin cezalandırılmayacağı sonucuna varmak gerekir.¹⁵⁸

Doktrinde bir kısım yazar tarafından ise, bu görüşün çok soyut kaldığı, tipik hareketin kanun tarafından açık ve kesin bir biçimde tanımlanmadığı durumlarda da tipik hareketin ne zaman başladığını belirleme sorununun ortaya çıkacağı ileri sürülmüştür.¹⁵⁹ Diğer bir anlatımla, bu görüşün sadece bağlı hareketli suçlar¹⁶⁰

¹⁵⁴ İpeçioğlu, s. 59; Koca/Üzülmez, s. 414; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 220

¹⁵⁵ Koca/Üzülmez, s. 414; “Biçimsel teori olarak isimlendirebileceğimiz görüşe göre, fail tarafından gerçekleştirilen hareket suç tipinde unsur veya ağırlaştırıcı neden olarak bulunuyorsa icra hareketidir.” İçel, s. 503

¹⁵⁶ Koca/Üzülmez, s. 414; Akbulut, s. 566

¹⁵⁷ Sözüer, s. 195; Koca/Üzülmez, s. 415

¹⁵⁸ Toroslu, s. 260

¹⁵⁹ “Örneğin ölüm sonucunu doğurabilecek herhangi bir davranışla ve çok çeşitli biçimlerde işlenebilen adam öldürme suçunda, tipik hareketin hangi anda başladığı kabul edilecektir ? Bu an,

bakımından kabul edilebilir olduğu, serbest hareketli suçlar¹⁶¹ bakımından ise, tipik hareketin ne zaman başladığını tespit etmenin oldukça güç olduğu belirtilmiştir.¹⁶²

2.3.2.1.2.1.2. Maddi Objektif Görüş

Maddi teori; hareketin nitelik yönünden değerlendirilmesi suretiyle icra başlangıcının belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Şekli objektif teoriye göre daha geniş olan bu anlayış, esasen frank görüşü ve hukuki konuyu ihlal etme görüşü olmak üzere iki ana başlık altında ele alınmaktadır.¹⁶³

Yazarın adıyla “Frank Formülü” olarak da isimlendirilen bu görüşe göre, failin suç tipindeki harekete doğal ve zorunlu olarak bağlı, diğer bir ifadeyle tipik hareketin ayrılmaz bir parçası olarak görülen hareketleri icra hareketleri olarak kabul edilmelidir.¹⁶⁴ Bu itibarla, hareket mahiyeti itibarıyla değerlendirilecek ve suçun kanuni tanımında yer almasa bile öncesinde yapılan ve tipik hareketin bir parçası olarak değerlendirilen hareketler icra hareketleri, tipik harekete zorunlu bir bağlılığı olmayan hareketler ise hazırlık hareketi olarak değerlendirilecektir.¹⁶⁵ Bu nedenle, şekli objektif teorinin aksine, tüfeğin omuza konulması, nişan alınması, güvenlik mandalının indirilmesi ateş ederek öldürme eylemiyle doğal bir bütünlük içinde olduğundan, icra hareketi sayılacaktır.¹⁶⁶

Bu görüş, “zorunlu bağlılık” kavramını ortaya atmıştır. Zorunlu bağlılık kavramı uyarınca, tipik hareketin ayrılmaz parçası sayılabilen her hareket icra

failin dolu tüfekle pusuya yattığı an mıdır, yoksa tüfeğini mağdura doğrulttuğu an mıdır?” Toroslu, s. 260

¹⁶⁰ “Kanuni tanımında hangi tarz hareketlerle işlenebileceği belirtilen suçlara ‘bağlı hareketli suç’ denir.” Koca/Üzülmez, s. 122

¹⁶¹ “Suçun kanuni tanımında birbirinin alternatifi olarak gösterilen hareketlerden birisiyle işlenebilen suçlara ‘bağlı hareketli suç’ denir.” Koca/Üzülmez, s. 122

¹⁶² İpekçioğlu, s. 60; Sözüer, Suça Teşebbüs, s. 206 vd; Tozman, s. 110 vd; Öztürk/Erdem, s. 323

¹⁶³ İpekçioğlu, s. 61; Demirbaş, s. 409

¹⁶⁴ İçel, s. 503; İpekçioğlu, s. 415; Sözüer, Suça Teşebbüs, s. 197; Koca/Üzülmez, s. 415; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 779

¹⁶⁵ İpekçioğlu, s. 415; İçel, s. 503; Koca/Üzülmez, s. 415

¹⁶⁶ İçel, s. 503; Sözüer, Suça Teşebbüs, s.197

hareketi olarak kabul edilmektedir.¹⁶⁷ Ancak bu görüş de, icra hareketlerine zorunlu olarak bağlı ve bu hareketlerde doğal bir bütünlük oluşturan hareketleri belirlemede sağlam bir kriter getirmediği gerekçesiyle eleştirilere maruz kalmıştır. Doktrinde bazı yazarlar tarafından, bu görüşün kabulü halinde cezalandırma kapsamı dışında kalan kimi hazırlık hareketlerinin de cezalandırılması sonucu doğabileceği ifade edilmiştir.¹⁶⁸ Diğer bir ifadeyle, tipik fiile bağlı icra hareketleri çok geniş bir kavram olup, icra hareketleri başlangıcının bu görüş uyarınca belirlenmesi halinde kişi hak ve özgürlükleri açısından sınırlayıcı sonuçların doğabileceği ileri sürülmüştür.¹⁶⁹

Frank modeline yapılan eleştirilerden hareketle, maddi objektif görüşün taraftarları icra hareketlerinin başlangıcı konusunda daha belirgin bir ölçüt geliştirmiş ve hukuki konuyu ihlal etme görüşü ortaya atılmıştır.¹⁷⁰ Bu görüşe göre suçun icrasına başlandığının kabul edilebilmesi için hukuken korunan somut bir menfaatin mevcut olması ve normla korunan hukuki menfaatin ihlal edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, eğer failin hareketi kanunun koruduğu hukuki menfaati ihlal ediyorsa icra hareketleri başlamıştır.¹⁷¹ Buna karşın, hukuki menfaate yönelik ihlal henüz gerçekleşmemiş ise failin hareketi hazırlık hareketi sayılmalıdır.¹⁷²

Doktrinde bir kısım yazarlar bu görüşü de eleştirmiştir. Bu yazarlar, icra hareketlerinin ihlalle, ihlalin ise icra hareketleriyle başladığını belirterek, çözümün bir kısır döngü içine sokulduğunu ifade etmişlerdir.¹⁷³

2.3.2.1.2.2. Sübjektif Görüşler

Sübjektif görüşlere göre, icra başlangıcı için ölçü olarak failin suç işlemeye yönelik iradesi esas alınmaktadır. Zira, teşebbüste tipik sonuç gerçekleşmemiştir.¹⁷⁴

¹⁶⁷ Sözüer, Suça Teşebbüs, s. 197; İpekçioğlu, s. 61; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 220

¹⁶⁸ Sözüer, Suça Teşebbüs, s. 197-198

¹⁶⁹ Soyaslan, s. 74

¹⁷⁰ Sözüer, Suça Teşebbüs, s. 198-199; İpekçioğlu, s. 62

¹⁷¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 614; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 277

¹⁷² Soyaslan, Genel Hükümler, s. 277; İpekçioğlu, s. 62-63

¹⁷³ Dönmezer/Erman, s. 427

¹⁷⁴ İpekçioğlu, s. 64; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 220; Akbulut, s. 567

Bu bağlamda, failin suç işleme kararını gerçekleştirmek için yaptığı hareketler icra hareketi, bunun dışında kalan hareketler ise hazırlık hareketidir.¹⁷⁵ Failin suç işlemeye yönelik iradesinin ve tehlike durumunun dikkate alınmasını savunan bu görüşler, kendi içlerinde farklı teoriler şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Bir görüş, failin suç işlemeye yönelik kastını tereddütsüz ortaya koyan herhangi bir hareketin icra hareketi sayılması gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁷⁶ Açıkça ortaya çıkan suç kastı teorisi olarak da adlandırılan bu görüşün taraftarları, faildeki suç işleme iradesinin açık ve kesin biçimde belirli bir neticeye yönelik olduğunun belirlenmesi durumunda icraya başlandığı kabul etmektedir.¹⁷⁷ Bu niteliği taşımayan hareketler ise hazırlık hareketidir. Bu görüşe yönelik olarak, icra hareketleri belirlenirken failin kastının esas alınması halinde teşebbüsün cezalandırılabilirlik alanının oldukça genişleyeceği, zira hazırlık hareketi aşamasında da failin kastının kuşkuya yer vermeyecek biçimde ortaya çıkmış olabileceği; bu nedenle bizzat failin kastının cezalandırılmış olacağı eleştirisi ileri sürülmüştür.¹⁷⁸

Bir başka görüş, hazırlık hareketlerinin failin ihtimal dahilinde olan iradesini ortaya koyduğunu, icra hareketlerinin ise somutlaşan bir irade içermesi gerektiğini belirtmiştir. Bu itibarla, icra hareketleri kararlı bir iradenin ürünüyken, hazırlık hareketlerinin tereddütlü bir iradenin yansıması olduğudur.¹⁷⁹ Daha açık bir ifadeyle, failin suç işleme iradesini açık ve kesin olarak ortaya koyan hareketlerin icra hareketi olduğu kabul edilmektedir. Bu noktada, bir suçun icrasına başlamakla bir suç işleme kararının icrasına başlamanın farklı kavramlar olduğunu belirtmekte fayda vardır. Teşebbüs derecesinde kalan suçlar bakımından bir suç işleme kararının icrasına başlamak önem arz etmektedir. Diğer bir anlatımla, failin bilerek ve isteyerek bir suçun icrasına başlaması gerekmektedir.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Koca/Üzülmez, s. 415; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 496

¹⁷⁶ Koca/Üzülmez, s. 416; Özbek, s. 401; Centel/Zafer/Çakmut, s. 445-446

¹⁷⁷ Öztürk/Erdem, s. 324; Akbulut, s. 567; Aydın, s. 92

¹⁷⁸ Öztürk/Erdem, s. 324; Tozman, s. 106 vd.

¹⁷⁹ Dönmezer/Erman, s. 430; İpekçioğlu, s. 65

¹⁸⁰ İpekçioğlu, s. 65

Doktrinde, sübjektif kriterlerin esas alınması halinde aslında hazırlık hareketi niteliğinde olan birçok hareketin icra hareketi sayılacağı, bu nedenle sübjektif görüşlerin teşebbüsün etki alanını çok genişlettiği, bu görüşten hareket edilirse failin kastının cezalandırılmış olacağı yönünde eleştiriler yöneltilmiştir.¹⁸¹

2.3.2.1.2.3. Karma Görüşler

Hazırlık ve icra hareketleri ayrımını belirlemek amacıyla ortaya konulan objektif ve sübjektif teorilerin çeşitli yönlerden eleştirilmesi ve yetersiz bulunması üzerine, objektif ve sübjektif görüşlerin cezalandırılabilirliğin sınırlarını aşırı ölçüde genişlettiği veya daralttığı gerekçesiyle karma görüşler ileri sürülmüştür.¹⁸² Türk doktrininde DÖNMEZER/ERMAN, hem kişi özgürlüğünün sınırını kesin bir şekilde belirlemek, hem sosyal savunmayı felce uğratmamak, hem de kanunun açık hükümlerine aykırı olabilecek bir sonuca varmamak bakımından hazırlık ve icra hareketleri ayrımı konusunda karma bir esastan yana olmanın zorunlu olduğunu ifade etmektedir.¹⁸³ Bu itibarla, hazırlık ve icra hareketleri ayrımı konusunda, sadece tek bir görüşe bağlı kalmak yerine, her olayın özelliklerine göre bütün teorilerden yararlanarak bir değerlendirme yapmak gerekecektir.¹⁸⁴

Karma görüşten yana olan bazı yazarlar, öncelikle sübjektif görüşten hareketle failin kastının belirlenmesi gerektiği, ardından bu durumun objektif kriterlerle desteklenmesi gerektiğini savunmuşlardır. Bu görüşten yana olan ÖZBEK, önce failin hangi suçu işleme kastının bulunduğu belirlenmesi, daha sonra ise, yapılan hareketin söz konusu suç tipinde yer alan veya onunla bağlı bulunan, bütünlük gösteren hareketi yapmak suretiyle suç işleme kastının şüpheye

¹⁸¹ İpekçioğlu, s. 66; Öztürk/Erdem, s. 324

¹⁸² Akbulut, s. 567; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 795

¹⁸³ Dönmezer/Erman, s. 568; benzer görüş için bkz İpekçioğlu, s. 66

¹⁸⁴ Konuyla ilgili olarak TOROSLU da "Bütün bu teorilerin tek başlarına soruna çözüm getirmeye yeterli olmamaları karşısında, çözümün sağlam bir bilgiye ve sağduyuya sahip yargıcın değerlendirmesine kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Her somut olayda yargıç, bütün bu teorilerden de yararlanarak, faildeki suç işleme iradesinin ortaya çıkıp çıkmadığını ve korunan hukuki varlığın tehlikeye konulup konulmadığını araştırarak ve böylece yapılan hareketlerin hazırlık hareketleri mi yoksa icra hareketleri mi olduğuna karar verecektir." Toroslu, s. 261, 262

yer vermeyecek biçimde ortaya çıkarılması gerektiğini savunmaktadır.¹⁸⁵ Bazı yazalar ise, öncelikle objektif ölçütlerden hareket edilmesi gerektiği, objektif kriterlere göre icra hareketi tespit edilemiyorsa subjektif ölçütlere başvurulması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.¹⁸⁶

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da eski tarihli bir kararında; “Hazırlık hareketlerinin nerede bittiği, icra hareketlerinin nerede başladığı, subjektif kıstastan hareketle bunu objektif kıstasla birleştirerek bulunur. Bu itibarla, failin belirli bir suçu işlemek kastını kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan hareketler icra hareketi olup, hareketlerin dışında kalan hususlarda örneğin failin ikrarı, geçmişi, kişisel durumu, takındığı tavır da nazara alınarak, hangi suça yöneldiğinin saptanması gerekir.” ifadelerine yer vererek karma görüşü vurgulamıştır.¹⁸⁷

2.3.2.1.2.4. Türk Ceza Kanununda Hazırlık ve İcra Hareketleri

5237 sayılı TCK'nın 35/1.maddesinde “Kişi, işlemeyi kast ettiği bir suç elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.” şeklinde bir düzenleme getirilerek, hazırlık hareketi-icra hareketi ayrımı belirlemek için “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütü kullanılmıştır. Bu bağlamda, TCK'da “doğrudan doğruya icraya başlama” ifadesi getirilerek hazırlık hareketleri ve icra hareketleri arasındaki ayrımın objektif bir ölçüye dayandırılması amaçlanmaktadır. Nitekim bu husus, madde gerekçesinde; “Suça teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki subjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılabilecektir. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık-icra hareketleri ayrımı konusunu kanıtlama sorunu haline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla

¹⁸⁵ Özbek, s. 403

¹⁸⁶ İpekçioğlu, s. 66

¹⁸⁷ YCGK, 04.06.1990; İpekçioğlu, s. 67

ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir. Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki ‘kastı şüpheye yer bırakmayacak’ ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine ‘doğrudan doğruya icraya başlama’ ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanmış sayılacaktır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu durumda, TCK’da doğrudan doğruya icraya başlama ölçütü kabul edildiğinden, bu nitelikte olmayan hareketler hazırlık hareketi kabul edilecektir.¹⁸⁸ Doğrudan doğruya icraya başlama, maddi objektif teoriyi savunanlar tarafından benimsenmiş olduğu için TCK.’nın hazırlık ve icra hareketleri ayrımı konusunda bu teoriyi esas aldığı söylenmelidir.¹⁸⁹ Yine, madde gerekçesinde de doğrudan doğruya icraya başlamanın “işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması”nı ifade ettiği belirtilerek “frank formülü”ne de atıf yapılmıştır.¹⁹⁰ Öğretide de; 5237 sayılı TCK’nın 35. maddesinde teşebbüs açısından, doğrudan doğruya icraya başlama¹⁹¹ ölçütünün kabul edilmesiyle objektif teorinin

¹⁸⁸ “Dosya kapsamından, 30.06.2011 günü gece saat 22.15 sıralarında devriye gezen ekiplerin, müştekinin de oturduğu 6 katlı bir apartmanın ana giriş kapısı önünde elinde tornavida ve el feneri bulunan sanığın kapı ile uğraşırken görüp yakaladıkları, tutanağa göre, sanığın yakalandığında, apartmana, teyzesini görmeye geldiğini söylediği, bunun üzerine tüm dairelerin zillerine basılıp, apartman sakinlerine sanığı tanıyıp tanımadıklarının sorulduğu, bahse konu apartmanda sanığın teyzesinin oturmadığının anlaşılması ile sanık hakkında hırsızlığa teşebbüs suçundan cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldığı, mahkemece eldeki delillerle sanığın atılı hırsızlığa teşebbüs suçundan mahkumiyetine karar verildiği temyizle konu olayda, binanın ana giriş kapısının doğrudan sokağa açıldığı anlaşılmalı henüz binanın cümle kapısından içeri giremeyen sanığın, giriş kapısını zorlamaktan ibaret eyleminin bu aşamada konut dokunulmazlığını ihlale teşebbüs suçunu oluşturduğu, sanığın teyzesini görmeye geldiği yolundaki savı kendisini suçtan kurtarmaya yönelik olup, cümle kapısında bir zarar bulunmaması nedeniyle mala zarar verme suçundan beraat kararı verilmiş olması da dikkate alındığında, sanığın elindeki fener ve tornavida ile kapıya yönelmesinin hırsızlık suçunun hazırlık hareketlerini oluşturduğu, sanığın bu evrede hırsızlık amacından her an vazgeçebileceği, müştekiye ya da her hangi bir apartman sakinine özgülediği icrai bir hareketinin de bulunmadığı, bu halde eylemin hırsızlığa teşebbüs suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden sanığın atılı suçtan beraati yerine delillerin takdirinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi hk” Yargıtay 17. Ceza Dairesi 05.04.2016 tarih ve E:2015/13344, K:2016/4656

¹⁸⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 617; Koca/Üzülmez, s. 417; Demirbaş, s. 411

¹⁹⁰ Koca/Üzülmez, s. 417

¹⁹¹ “Bir kimsenin suça kalkışmaktan dolayı cezalandırılabilmesi için, yapılan hareketlerin objektif olarak suçun yasal tanımında öngörülen sonucu meydana getirmeye elverişli olmasıyla birlikte, aracın fail tarafından bu sonucu gerçekleştirmeye uygun biçimde kullanılması, ancak failin elinde olmayan nedenlerle, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya tamamlanmasına karşın suçun gerçekleşmemesi gerekir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, sanık öldürmeye elverişli olduğu yönünde kuşku bulunmayan bıçakla ve öldürmek amacıyla mağdurun evine yönelmiş ise de, daha önceden evin önünde güvenlik önlemi alan kolluk güçlerince yakalanmış olup, yasanın benimsediği objektif teori esas alındığında, bu hareketler öldürme suçu yönünden ancak hazırlık hareketleri niteliğindedir. O ana kadarki hareketlerin, doğrudan doğruya icraya başlama ölçütü

benimsendiği, suçun yasal tanımında, unsur veya nitelikli hal olarak belirtilmiş hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde icra hareketlerinin başladığının kabul edilmesi gerektiği, örneğin öldürmek için silahını hasmına doğrultarak nişan alınmasının icra hareketleri sayılması gerektiği, öldürmek için silah veya zehir satın alınmasının ise, belirleyici bir niteliğe sahip olmaması nedeniyle hazırlık hareketi sayılacağı belirtilmiştir.¹⁹² Buna göre, suç tipinde unsur veya nitelikli unsur olarak gösterilmiş davranışlara girişilmesi halinde icra hareketlerinin başladığını kabul etmek gerekir.¹⁹³

Sonuç olarak söyleyebiliriz ki; TCK'da doğrudan doğruya icraya başlama ölçütü kabul edildiğinden, bu nitelikte olmayan hareketler hazırlık hareketi olarak kabul edilmelidir.¹⁹⁴ Hareketin niteliğinin tespiti yönünden TOROSLU, her somut olayda, faildeki suç işleme iradesinin ortaya çıkıp çıkmadığı ve korunan hukuki varlığın tehlikeye konulup konulmadığının değerlendirilmesi suretiyle, yapılan hareketlerin hazırlık hareketleri mi, yoksa icra hareketleri mi olduğuna karar verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁹⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ tarafından da benzer bir görüş benimsenmiş ve bir hareketin icra hareketi teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde, hareketin suçun konusuyla yakın bağlantı içinde olup olmadığı ve suçun konusu bakımından tehlikeye sebebiyet verip vermediğinin araştırılması gerektiği ileri sürülmüştür. SOYASLAN ise, bir hareketin hazırlık veya icra hareketi

çerçevesinde icra hareketleri kapsamında kabulü olanaksızdır. Özel dairece benimsenen subjektif teori kabul edilerek, eylemin öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilmesi, 5237 sayılı TCK'nın 35.maddesinde açıkça aykırılık oluşturacağı gibi suçta ve cezada yasallık ilkesi ile de bağdaşmayacaktır.”

¹⁹² Koca/Üzülmez, s. 378

¹⁹³ Koca/Üzülmez, s. 417; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 617

¹⁹⁴ “07.07.2014 günü saat 10:30 sıralarında suça konu yere sanık Murat ile birlikte gelen sanıklar A. B ve. M. A. Ç.'nin işyeri camında "Kiralık" ibaresini görmeleri üzerine, işyerine girmekten vazgeçip, bisikletleri ile olay yerinden ayrıldıklarının anlaşılması karşısında; hırsızlık suçunda fiil unsurunun başkasına ait taşınır bir malı bulunduğu yerden almak” olduğundan ve "Yeni TCK'nın Sistemi'ne esas alınan “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütüne göre de sanıkların gerçekleştirdiği hareketler henüz icra hareketi niteliğine ulaşmadığından, hırsızlığa teşebbüs suçundan sanıkların unsur yokluğu nedeniyle beraatleri yerine mahkûmiyetlerine karar verilmesi” Yargıtay 13. Ceza Dairesi 08.11.2017 tarih ve E:2016/5737, K:2017/12408

“Sanıklar M. Ç., E. A., N. S., N. Y., M. D., H. Ö., D. K. D., O. Ş., D. A. ile H. K.'nin hırsızlık yapmak amacıyla Müşteki G. K.'ye ait iş yerini kiradıkları, boru hattına ulaşmak için binanın altından tünel kazmaya başladıkları, elektrik ve su aboneliklerini üzerlerine almamaları nedeniyle işyeri sahibinin sanıkların işyerini tahliye etmelerini istemesi sonucu, sanıkların da iş yerini terk ettikleri, yine sanıklar M. Ç., E. A., N. S., M. D., H. Ö., D. K. D. ile V. Ç.'nin ikinci eylemde Nato Caddesi üzerindeki menfezden hırsızlık yapmak amacıyla içeri girerek kazı yapmaya başladıkları, kazı esnasında göçük meydana gelmesi nedeni ile eylemin tamamlanamadığı, tünel kazmaya başlanmasıyla artık hazırlık hareketinden ileriye gidilip "icra hareketlerine" geçtikleri anlaşıldığından, hırsızlığa teşebbüsten hüküm kurmak yerine yazılı şekilde beraat kararları verilmesi” Yargıtay 13. Ceza Dairesi 20.12.2017 tarih ve E:2016/7397, K:2017/15160

¹⁹⁵ Toroslu, s. 261-262

olup olmadığını değerlendirirken hareketin korunan hukuki menfaate zarar verip vermediğine, kanuni tarifi ihlal edip etmediğine, neticeye yakın olup olmadığına veya neticeyi gerçekleştirme tehlikesi doğurup doğurmadığına bakılması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁹⁶ EREM/DANIŞMAN/ARTUK ise, icra hareketlerinin tamamlandıkları zaman suçu meydana getirmeleri mümkün olan hareketler olduğunu, hazırlık hareketlerinin ise, ne kadar devam ederse etsin böyle bir sonuç meydana getiremeyeceğini ileri sürmüştür.¹⁹⁷

Bu anlamda önce failin hangi suçu işleme kastının bulunduğu belirlenmeli ve daha sonra yapılan hareketin söz konusu suç tipinde yer alan veya onunla bağlı bulunan, bütünlük gösteren hareketi yapmak suretiyle suç işleme kastının şüpheye yer vermeyecek bir şekilde ortaya çıkarılması gerekir. Şüpheden sanık yararlanacağına göre şayet o ana kadar yapılan hareketler kastedilen suçu işlemek bakımından elverişli değilse o suç bakımından hazırlık hareketi sayılmalıdır.¹⁹⁸

Yargıtay'ın icra hareketlerinin başlangıcı ile ilgili olarak verdiği kararlarda bir istikrar bulunmamaktadır. Nitekim, bazı kararlarında şüpheye yer vermeme kriterine, bazı kararlarında objektif anlayışa, bazı kararlarında ise karma görüşe dayanarak bir hareketin hazırlık hareketi mi yoksa icra hareketi mi olduğuna karar vermiştir.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 282

¹⁹⁷ Erem/Artuk/Danışman, s. 297-298

¹⁹⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız, s. 454; Özbek, s. 403

¹⁹⁹ Öztürk/Erdem, s. 325; “Bir kimsenin suça kalkışmaktan dolayı cezalandırılabilmesi için, yapılan hareketlerin objektif olarak suçun tanımında öngörülen sonucu meydana getirmeye elverişli olmasıyla birlikte, aracın fail tarafından bu sonucu gerçekleştirmeye uygun biçimde kullanılması, ancak failin elinde olmayan nedenlerle, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya tamamlanmasına karşın sonucun gerçekleşmemesi gerekir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, sanık öldürmeye elverişli olduğu yönünde kuşku bulunmayan bıçakla ve öldürmek amacıyla mağdurun evine yönelmiş ise de, daha önceden evin önünde güvenlik önlemi alan kolluk güçlerince yakalanmış olup, yasanın benimsediği objektif teori esas alındığında, bu hareketler öldürme suçu yönünden ancak hazırlık hareketleri niteliğindedir. O ana kadarki hareketlerin, doğrudan doğruya icraya başlama ölçütü çerçevesinde icra hareketleri kapsamında kabulü olanaksızdır. Özel dairece benimsenin sübjektif teori kabul edilerek, eylemin öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilmesi, 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesine aykırılık oluşturacağı gibi suçta ve ceza yasallık ilkesi ile de bağdaşmayacaktır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu 19.10.2010 tarih ve 1-153/206 sayılı kararı

“Özetle; bir kimsenin suça teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi için, yapılan hareketlerin objektif olarak suçun kanuni tanımında öngörülen sonucu meydana getirmeye elverişli olmasıyla birlikte, aracın fail tarafından bu sonucu gerçekleştirmeye uygun biçimde kullanılması, ancak failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması ya da tamamlanmasına karşın

2.3.2.2. Hareketin Elverişli Olması

Teşebbüs derecesinde kalan suçlarda fail tarafından gerçekleştirilen hareketin elverişli olması gerekir. Hareketin elverişli olması ise, fail tarafından gerçekleştirilen hareketin suç fiilini derhal oluşturabilecek nitelikte olması, yani suçun kanuni tarifindeki unsurları gerçekleştirmeye uygun olması demektir.²⁰⁰ Diğer bir ifadeyle, hareketin elverişliliği failin istemi doğrultusunda yapılan hareketin neticeye sebebiyet verebilmesidir.²⁰¹ 765 sayılı TCK'nın 61. maddesinde yer alan düzenlemeden farklı olarak 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinde “*elverişli araç*” ifadesi yerine “*elverişli hareket*” ifadesine yer verilmiştir. Kanunun bu düzenlemesinden hareketle, elverişliliğin sadece kullanılan araçta değil, eylemin tamamını içerecek şekilde hareketlerde aranması gerektiği vurgulanmıştır. Bu bağlamda, “*elverişli hareket*” hem kullanılan aracın, hem de suçun maddi konusu ile pasif süjesi de dahil olmak üzere, fiilin bütünü bakımından sonucu doğurmaya elverişli olmasını ifade etmektedir.²⁰² Doktrinde bazı yazarlar tarafından bu kavramın isabetli bir şekilde terk edildiği, zira, vasıtaya vasıta fonksiyonu verenin insanın bilgi, beceri ve iradesi olup, insansız vasıtanın tek başına hiçbir anlamı ve önemi olmadığı ifade edilmiştir.²⁰³

TCK 35. madde gerekçesinde de; “Suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır. Nitekim uygulamada da elverişlilik bu şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddeye, suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden ‘uygun hareketler’ kavramı dahil edilmiştir.” ifadelerine yer verilerek elverişli hareket kavramının geniş bir kavram olup elverişli aracı da içine aldığı vurgulanmıştır.

sonucun gerçekleşmemesi gerekir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu 28.03.2017 tarih ve 2016-14-541-2017/185 sayılı kararı

²⁰⁰ Toroslu, s. 263; Koca/Üzülmez, s. 420

²⁰¹ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 282; Centel/Zafer/Çakmut, s. 450

²⁰² Centel/Zafer/Çakmut, s. 465; Hafizoğulları/Özen, s. 335

²⁰³ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 282

5237 sayılı Kanunla yapılan bu değişiklik çok isabetli olmuştur. Zira elverişlilik, fail tarafından girilen faaliyetlerin tümüne ilişkin olup hareket ve mevcut diğer bütün şartlar değerlendirilerek belirlenmelidir.²⁰⁴

2.3.2.2.1. Hareketin Elverişliliğinin Belirlenmesi

Elverişlilik tek başına ele alındığında çok soyut bir kavramdır. İşte bu nedenle, elverişlilik somut olayla ilişkilendirilmeden değerlendirilebilecek bir kavram değildir. Elverişliliğin belirlenmesi aşamasında, olayda kullanılan araç ve aracın kullanılma biçimi gibi diğer bütün şartların dikkate alınması zorunludur.²⁰⁵ Elverişlilik kavramı doktrinde teşebbüsün cezalandırılma nedenini açıklayan görüşlerin bakış açılarına göre değerlendirilmiş, bu bakış açıları da kendi içinde farklı görüşlere ayrılarak elverişlilik kavramını açıklamaya çalışmışlardır.

2.3.2.2.1.1. Objektif Görüşler

Objektif görüşe göre, bir aracın elverişli olup olmaması, onu kullananın yeteneği ile ilgili değildir. Şayet bir araç, sonucu gerçekleştirme yönünden objektif olarak yeterli ise araç elverişli kabul edilir ve failin aracı kullanmayı bilip bilmemesine önem verilmez.²⁰⁶ Elverişlilik kavramını objektif bir bakış açısıyla ele alan bu görüşler, kendi içinde klasik objektif görüş, aracın yetersizliği görüşü, elverişliliği korunan menfaat bakımından yarattığı zarar veya tehlikeye göre değerlendiren görüş ve elverişliliği uygun nedensellik ilişkisine dayandıran görüş olmak üzere dört farklı bakış açısına göre ayrılabilir.²⁰⁷

²⁰⁴ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 61-62; Koca/Üzülmez, s. 419-420

²⁰⁵ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 62; Centel/Zafer/Çakmut, s. 450

²⁰⁶ Demirbaş, s. 404; Hakeri, s. 311; Özbek, s. 400; Centel/Zafer/Çakmut, s. 451; Sancar/Köprülü, s. 350; Zafer, s. 299

²⁰⁷ İpekçioğlu, s. 71 vd

2.3.2.2.1.1.1. Klasik Objektif Görüş

Klasik objektif teoriye göre elverişlilik, fail tarafından gerçekleştirilen hareketin zararlı veya tehlikeli sonucu gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade eder.²⁰⁸ Bu görüşü savunanlara göre hareketin, istenilen sonucu oluşturabilme konusunda nedensel bir etkinliğe sahip olması gerekir. Bu bağlamda, elverişliliğin tespiti açısından öncelikle araçları ve suçun maddi konusunu birbirinden ayırmak, ardından mutlak ve nispi olarak bir ayrıma tabi tutmak gerektiği ileri sürülmektedir.²⁰⁹ Suçun işlenmesinde kullanılan araçlar mutlak olarak elverişsiz olabilir. Bu itibarla, eğer araç hiçbir ihtimal dahilinde neticeyi gerçekleştirmeye elverişli değilse mutlak elverişsizlik, aksi halde nispi elverişsizlik söz konusudur.²¹⁰ Diğer bir ifadeyle, mutlak elverişsizlik halinde failin hareketi korunan hukuki menfaati ihlal edici özelliğe sahip olmayıp sadece niyetini ortaya çıkarmıştır.²¹¹

Bu durumda, eğer bir hareket suçun tamamlanması sağlayamıyor ve failin bu vasıta ile amacına ulaşması imkansız ise bu hareket mutlak elverişsiz²¹² harekettir. Örneğin, adam öldürmek için zehir yerine yanlışlıkla su kullanılması durumunda, kanun tarafından korunan hukuki menfaate zarar verme tehlikesi doğmamış, sadece failin niyeti ortaya çıkmıştır.²¹³ Klasik objektif görüşe göre elverişlilik, fail tarafından yapılan hareketin genel olarak suçu gerçekleştirmeye elverişli olması olarak kabul edildiğinden, mutlak elverişsizlik halinde teşebbüs hükümleri uygulanmayacak, böylece cezalandırma da mümkün olmayacaktır.²¹⁴

Buna karşın, eğer bir hareket istenen neticeyi meydana getirebilecek nitelikte iken aracın kullanılış biçimi gibi failin fiiline ilişkin bazı sebepler yüzünden

²⁰⁸ İpekçioğlu, s. 71

²⁰⁹ İpekçioğlu, s. 72; Öztürk/Erdem, s. 390

²¹⁰ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 283; Zafer, s. 300-301

²¹¹ İpekçioğlu, s. 72; Centel/Zafer/Çakmut, s. 467-468

²¹² “Eğer hareketin yapıldığı anda suç konusu yok ve varolması hiçbir durumda ihtimal dahilinde olmayacaksa mutlak yokluk-mutlak elverişsizlik sözkonusudur. Bu durumda fiil suç teşkil etmeyecektir.” Soyaslan, Genel Hükümler, s. 286

²¹³ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 284; Öztürk/Erdem, s. 390

²¹⁴ İpekçioğlu, s. 72-73; benzer görüş için bkz Soyaslan, Genel Hükümler, s. 283; Zafer, s. 301

neticeyi meydana getiremiyorsa nispi elverişsizlik söz konusudur.²¹⁵ Diğer bir ifadeyle, nispi elverişsizlik halinde korunan hukuki değer bakımından objektif bir tehlike söz konusu olmaktadır. Örneğin, normal mesafeden ateşli silah ile ateş edilmesi, fakat iyi nişan alınmadığı veya silahın kötü doldurulmuş olması veya mağdurda çelik yelek bulunması veya barutun kalitesizliği veya merminin yol değiştirmesi gibi nedenlerle hedefin vurulamaması hallerinde, silahın patlaması ile suçlu niyet ortaya çıkmakta, başkasının hayatı için gerçek ve doğrudan bir tehdit meydana gelmektedir. Klasik objektif görüşe göre fiilin nispi elverişsizliği hiçbir zaman cezalandırılabilirliğini ortadan kaldırmaz.²¹⁶ Öyleyse, aracın mutlak olarak elverişsiz olması halinde suça teşebbüs cezalandırılmamakta, ancak aracın nispi olarak elverişsiz olması halinde suça teşebbüs cezalandırılmaktadır.²¹⁷

Doktrinde klasik objektif görüşü savunan yazarların bir kısmı mutlak ve nispi elverişsizlik ayrımını tutarlı bulmayıp bu ayrıma karşı çıkmışlardır.²¹⁸ Bu düşünceye göre, gerek mutlak elverişsizlik gerekse nispi elverişsizlik hallerinde elverişsizlik tamdır. Failin bir suç işleme kastı çerçevesinde, suçu işlemek için elverişli olduğunu düşündüğü aracı kullanmasıyla meydana gelen elverişsizlik haliyle, yanlışlıkla elverişli olduğuna inandığı elverişsiz bir aracı kullanması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.²¹⁹ Bu konuda, bir aracın veya bir hareketin mutlak olarak elverişli olup olmadığını saptamanın mümkün olmadığı, çünkü aracın veya hareketin etkilerinin, sıkı sıkıya somut olayın içinde cereyan ettiği şartlarla bağıntılı olduğu, elverişlilik ve elverişsizliğin somut olaya ilişkin olduğu ifade edilmiştir.²²⁰

²¹⁵ İpekçioğlu, s. 73; Öztürk/Erdem, s. 390; Zafer, s. 300

²¹⁶ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 284; Zafer, s. 300-301

²¹⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 336

²¹⁸ “Antolisei nispi-mutlak elverişsizlik ayrımına dayanan klasik objektif teoriyi reddetmiş ve elverişliliğin somut bir olaydaki bütün şartların dikkate alınması suretiyle belirlenmesi görüşünü benimsemiştir. Bu değerlendirme bilfiili gerçekleşmiş durumlara göre yani ex post olarak değil ex ante olarak yapılacaktır. Bu tespit işlemi ise şöyle gerçekleşecektir: Hakim zihnen, hareketin yapıldığı ana gidecek ve o anda bilinmesi mümkün olan bütün şartları göz önünde bulundurmak suretiyle hükmünü verecektir. Eğer hakim, bu yoldan elde ettiği verilere göre hareketin gerçekleştirilmesi istenen sonuç bakımından uygun olduğu sonucuna varacak olursa elverişli olduğunu söyleyecektir. Bu anlamda elverişlilik hareketin tehlikeli olmasından başka bir şey değildir. Tehlikelilik de bir muhtemel oluşu içerdiğine göre, failin planının bir başarı ihtimali taşıdığı her olayda cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığına hükmedilmelidir.” Tozman, Doktora Tezi, s. 65

²¹⁹ İpekçioğlu, s. 73; benzer görüş için bkz. Zafer, s. 300

²²⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 336; Centel/Zafer/Çakmut, s. 468

Yargıtay'ın da elverişlilik halini değerlendirdiği kimi kararlarında, mutlak-nispi elverişsizlik kavramlarına göre ayırım yaptığı görülmektedir. Örneğin bir kararında, suç anında paranın çekmecede bulunmamasının, diğer bir ifadeyle konunun yokluğu durumunun, nisbi anlamda bir yokluğu doğurduğunu, olayın işlenemez suç değil, hızsızlığa teşebbüs olduğunu ifade etmiştir.²²¹ Yargıtay bu değerlendirmesini yaparken, failin bir suç işleme kararı çerçevesinde kastettiği suçu işleyerek ulaşmak istediği sonuca varmak için kullandığı araçların, işlenmek istenen suçun kanuni tanımında yer alan sonucu meydana getirebilmesi için fail tarafından kullanılış şeklinin de değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.²²²

2.3.2.2.1.1.2. Aracın Yetersizliği Görüşü

Doktrinde bazı yazarlar tarafından mutlak ve nispi elverişsizlik ayırımının elverişsizliğin belirlenmesinde yeterli olmadığı, bu belirlemenin ancak elverişsizlik ve yetersizlik kavramının birbirinden ayrılmasıyla mümkün olacağı ileri sürülmüştür.²²³ Bu görüşe göre, aracın elverişsiz olması ile yetersiz olması farklı kavramlardır. Somut bir olay bakımından elverişli olan bir aracın sonucu meydana getirmede yetersiz kalması mümkündür.

Aracın yetersizliği nitelik, nicelik veya kullanılış tarzından kaynaklanabilir. Daha açık bir ifadeyle yetersizlik, aracın elverişli olduğu ancak, gerek kalitesi veya miktarı, gerek failin aracı gerektiği gibi kullanamaması nedenleriyle söz konusu olur.²²⁴

²²¹ Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 14.06.1983 tarih ve K:4019/5620 sayılı kararı

²²² İpekçioğlu, s.74

²²³ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 70-71

²²⁴ İpekçioğlu, s.76; “Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın etkili mesafeden ateş etmesi suretiyle mağduru basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaraladığı, ancak saçmaların etkisi elverişsiz olması nedeniyle hayati tehlikeye neden olmaması, ciddi engel sebep bulunmaması, meydana gelen yaranın niteliği dikkate alındığında sanığın eylemi ile ortaya çıkan kastının yaralamaya yönelik olduğu ve kasten yaralama suçundan cezalandırılması gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılı ile yazılı şekilde kasten nitelikli öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması hk” Yargıtay 26.04.2017 tarih ve E:2016/4524, K:2017/1437 sayılı kararı

Aracın elverişli olduğu, ancak nitelik, nicelik veya kullanılış tarzından dolayı sonra sonucu meydana getirmesi bakımından yetersiz olması teşebbüsün varlığını etkilemez.²²⁵ Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 35.maddesinde de, suçun icrasına elverişli hareketlerle ve doğrudan doğruya başlamak şartı getirilmiş olup hareketin/aracın yetersiz olması halinde de teşebbüsün bu şartı gerçekleşmiş sayılır. Örneğin, öldürmek amacıyla bir kişiye verilen zehir, ölüm sonucu doğurması açısından elverişlidir ancak miktarının ölüm sonucunu doğurmayacak derecede yetersiz olması halinde, yetersiz de olsa elverişli hareketlerle suçun icrasına başlandığından teşebbüs söz konusu olur.²²⁶

Doktrinde bu görüşün de tatmin edici bir çözüm bulamadığı, sonucu doğurmaya yetersiz, dolayısıyla teşebbüs açısından cezalandırılabilir kabul edilen bir hareketin aynı zamanda elverişsiz sayılabilmemesinin mümkün olabileceği ileri sürülmüştür. Örneğin, öldürmek kastıyla mağdura silahın etki mesafesi dışında bir uzaklıktan ateş edilmiş olması halinde; her ne kadar kullanılan silah soyut olarak değerlendirildiğinde öldürme suçu açısından elverişli bir araç ise de, somut olayın gerçekleşme şartları itibarıyla, ölüm neticesinin meydana gelmesi bakımından yetersiz olan araç elverişsiz sayılacaktır.²²⁷

2.3.2.2.1.1.3. Elverişliliği Korunan Menfaat Bakımından Yarattığı Zarar veya Tehlikeye Göre Değerlendiren Görüş (Somut Tehlike Görüşü)

Diğer görüşlerin elverişliliğin tespitinde yetersiz kaldığı, çözümün kullanılan araçta değil, yapılan hareketin bütününde aranması gerektiği fikri ileri sürülmüştür. Bu bağlamda “gerçek tehlike” görüşü ortaya atılmış ve hareketin zarar ihtimali, failin yaptığı hareketin suç konusu üzerine bir tehlike doğurup doğurmadığı

²²⁵ İpekçioğlu, s. 76; Hakeri, s. 311

²²⁶ “Manzini’ye göre, önemli olan vasitanın elverişli olmasıdır. Aslında elverişli olan bir vasitanın somut olayda yetersiz olması teşebbüsün varlığı yönünden önem taşımaz. Örneğin öldürülmek istenen kişiye verilen zehirin miktarının ölüm sonucunu doğurmayacak kadar az olması halinde vasita elverişlidir, ancak yetersizdir.” Toroslu, s. 264, bkz.Manzini: II (1961) s.462, 463

²²⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 429; Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 73

belirlenmeye çalışılmıştır.²²⁸ Bu teori esasını gerçek tehlike görüşünden almaktadır. Buna göre, bir hareketin tehlikeli, dolayısıyla elverişli olup olmadığını tespit edebilmek için olayla ilgili tüm şartların değerlendirilmesi gerekmektedir.²²⁹

Bu anlayış tehlikenin iki şekilde anlaşılabilceğini kabul etmektedir.²³⁰ Birinci anlayış, tehlikeyi, somut olayda bilfiil gerçekleşen durumları ve bunların hukuken korunan menfaatlara verdiği zarar ihtimalini araştırarak tespit eder. Diğer anlayış ise, tehlikeyi, hareketin başladığı anda mevcut olan tüm somut şartları dikkate alarak bunların tehlikeli sonucu meydana getirme ihtimalini değerlendirerek belirler.²³¹ Somut tehlike görüşünü benimseyen yazarlar ikinci anlayışı kabul etmektedir. Bu durumda, hareketin yapıldığı ana gidilmeli ve mevcut bütün şartlar dikkate alınarak (ex-ante) bir hareketin elverişliliği tespit edilmelidir.²³²

2.3.2.2.1.1.4. Elverişliliği Uygun Nedensellik İlişkisine Dayandıran Görüş

Doktrinde bu görüşü savunan yazarlar, elverişliliği uygun nedensellik ilişkisine dayanarak açıklamaya çalışmışlardır. Bu görüşe göre hareketin elverişliliği sadece teşebbüse ilişkin bir kavram olmayıp herhangi bir suç için de geçerlidir.²³³ O halde, failin hareketinin elverişli olmasının yanında sonucu meydana getirebilme potansiyelinin de araştırılması gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle, elverişlilik, hareketin sonucu meydana getirebilmedeki potansiyel iktidarını ortaya koymaktadır.²³⁴

²²⁸ İpekçioğlu, s. 78; Hakeri, s. 331; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 809; Zafer, s. 390

²²⁹ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 75; Özbek, s. 412

²³⁰ İpekçioğlu, s. 79; Alacakaptan, İşlenemez Suç

²³¹ İpekçioğlu, s. 79; Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 75

²³² İpekçioğlu, s. 79; Centel/Zafer/Çakmut, s. 470; Sözüer, s. 187

²³³ İpekçioğlu, s. 84

²³⁴ İpekçioğlu, s. 87; Turhan Tufan Yüce, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara/1985, s. 76

2.3.2.2.1.2. Sübjektif Görüş

Teşebbüsün cezalandırılma nedenini incelediğimiz önceki bölümlerde, sübjektif görüş açısından önemli olan hususun, failin suçlu iradesinin dışa yansımaları olduğunu ifade etmiştik. İşte sübjektif görüş taraftarları da, elverişliliği failin suç işleme kapasitesine ve becerisine göre değerlendirmektedir.²³⁵ Bu bağlamda fail, suçu işlerken kullandığı aracı o suç için uygun ve yeterli görmüş olması halinde, sonuç gerçekleşme bile cezalandırılmalıdır.²³⁶ Diğer bir ifadeyle, failin kullandığı araç ile tehlikelilik halini ve kastını ortaya koyması ve bu aracı elverişli olarak nitelendirmesi yeterlidir.²³⁷

Kanaatimizce bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Suç işleme kararının icrasına başlayan fail elbette ki elverişli olduğunu düşündüğü araçları kullanacaktır. Ancak, bu görüş failin kullandığı bütün araçların elverişli kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Elverişliliğin tespitine yönelik olarak ortaya atılan bir diğer görüş ise, hareketin elverişliliğini failin bilgi, beceri ve aracı kullanabilmesine bağlamaktadır.²³⁸ Bu bağlamda, eğer fail aracın nasıl kullanılacağını bilmiyorsa, araç elverişsiz olarak nitelendirilir.²³⁹ Bu itibarla, örneğin, dolu bir silah adam öldürmeye elverişli olmasına rağmen, kullanan kişi ehil değilse, soyut olarak adam öldürmeye elverişli olan dolu bir silah, bu görüş uyarınca elverişli bir vasıta olarak değerlendirilemez. DÖNMEZER-ERMAN da bu görüş yönünde fikirlerini açıklamış ve ifade etmiştir.²⁴⁰

²³⁵ İpekçioğlu, s. 87; Centel/Zafer/Çakmut, s. 451;

²³⁶ İpekçioğlu, s. 87; Özbek, s. 412

²³⁷ Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s. 97; Yüce, s. 75

²³⁸ İpekçioğlu, s. 88; Zafer, s. 299-300; Sancar/Köprülü, s. 349-350

²³⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 451; Sancar/Köprülü, s. 350; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 223

²⁴⁰ Dönmezer/Erman

2.3.2.2.1.3. Karma Görüş

Karma görüş, elverişliliğin belirlenmesinde tüm olaylara uygulanabilecek genel bir kuralın bulunmadığını, bu nedenle somut olayın özellikleri dikkate alınarak hem objektif hem de sübjektif görüşlerden yararlanılması gerektiğini öngörmektedir.²⁴¹ Nitekim, belirli bir suç için elverişli olan hareket diğeri için böyle olmayabileceği gibi, belli bir durumda bir suç yönünden elverişli olmayan bir hareket başka bir suç için elverişli olabilir.²⁴² Hareketin elverişliliğini; bununla işlenmek istenen suça göre belirlemek gerekir.²⁴³ Diğer bir ifadeyle, hareketin elverişliliği tek başına değerlendirilemez. Örneğin, genel olarak bir kimseye şeker verilmesi adam öldürme suçu yönünden elverişsiz bir hareket iken, şeker hastası olduğu bilinen bir kişiye yoğun miktarda şeker verilmesi adam öldürme yönünden elverişli bir harekettir.

2.3.2.2.1.4. Değerlendirme

Kanaatimizce hareketin elverişliliği işlenmek istenen suç, mağdurun durumu, kullanılan araçlar ve kullanılış şekilleri, suçun işleniş biçimi, failin sahip olduğu özel bilgi ve benzeri tüm şartlar dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Zira, soyut olarak düşünüldüğünde elverişsiz görünen bir hareket, somut olayda elverişli olabilir. Bu bağlamda, elverişlilik, fail tarafından girişilen faaliyetin tümü, yani araçla birlikte, hareket ve mevcut bütün diğer şartlar göz önünde tutularak belirlenebilir.

²⁴¹ İpekçioğlu, s. 88

²⁴² Toroslu, s. 263; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 224; Sancar/Köprülü, s. 350

²⁴³ “5237 Sayılı TCK’nın 35.maddesinde; failin suça teşebbüsten cezalandırılabilmesi için, doğrudan doğruya icra hareketlerine başlaması ve bu hareketlerin de fiili meydana getirmeye elverişli nitelikte bulunmasının öngörülmesi karşısında; tutuklu sanığın koğuşundan ayrılıp, cezaevi kütüphanesinde yakalanmaktan ibaret olan eyleminin, olay yerinde keşif yapılarak, yakalanma sürecine kadar gerçekleştirdiği hareketlerin icra nitelikte olup olmadığı ve cezaevinden kaçma sonucunu doğurabilecek elverişlilikte bulunup bulunmadığının Yargıtay denetimine olacak sağlayacak biçimde saptanılarak değerlendirilmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle cezaevinden kaçmaya teşebbüs suçundan hükümlülük kararı verilmesi hk.” Yargıtay 4. ceza Dairesi’nin 03.11.2008 tarih ve 15421/19565 sayılı kararı

Yargıtay bu konuda, ortalama bir görüşten yana olmuş ve elverişliliğin tespiti hususunda, aracın kullanılmasına eklenen dış şartlara da itibar edilmesini aramıştır. Gerçekten bir olayda, “sanık tarafından suçta kullanılan tüfeğin atış mesafesi tesbit edildikten sonra, raporda gösterilen esaslar da nazara alınarak, tüfekte bulunan saçmaların öldürmeye elverişli olup olmadığının bilirkişiye tetkik ettirilmesi lazım gelir” demek suretiyle, aracın fail tarafından sonucu meydana getirmeye uygun biçimde kullanılıp kullanılmadığı esasına da yer vermiştir.²⁴⁴

2.3.2.2.2. Elverişli Araç – Elverişli Hareket

5237 sayılı Kanunla “elverişli araç” kavramı yerine “elverişli hareket” kavramı getirilmiştir. Kanaatimizce bu değişiklik son derece yerinde olmuştur. Hareketin elverişli olması demek, suç fiilini derhal oluşturabilecek nitelikte olması demektir. Bunun için de, her şeyden önce, kullanılan aracın suç fiiline neden olabilecek nitelikte olması gerekir.²⁴⁵ Ancak elverişlilik, sadece kullanılan aracın elverişli olmasından ibaret olmayıp aracın elverişliliğini de içine alan daha geniş bir kavramdır. Bu nedenle, 5237 sayılı Kanunla getirilen “elverişli hareket” kavramı isabetli bir değişiklik olmuştur.

Elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır.²⁴⁶ Elverişlilik sadece araçtan hareketle değil, kullanılan araç da dikkate alınmak suretiyle fail tarafından girilen hareketlerin tümü ve mevcut diğer bütün şartlar göz önünde bulundurularak

²⁴⁴ Dönmezer/Erman, s. 419

²⁴⁵ Toroslu, s. 263; aynı doğrultuda Yargıtay Kararı “Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanık M.'nin mağdur S.'nin kız kardeşi S. ile evli olduğu, M. ile S.'nin tartışmaları sonucu S.'nin baba evine döndüğü, bu durumu öğrenen S.'nin, M.'nin işyerine giderek, hakaret edip, oradan ayrıldığı, kısa bir süre sonra M.'nin, S.'yi telefonla arayarak konuşmak için mezarlık yakınına çağırdığı, idaresindeki kapalı kasa araçla çağırdığı yere gelen S.'nin, M.'nin elinde av tüfeği olduğunu görmesi üzerine aracıyla uzaklaşmaya başladığı, M.'nin ise araçla S.'yi takip ederek, S.'nin aracının arka kısmına av tüfeği ile 3-4 el ateş ettiği, saçma tanelerinin bir kısmının S.'ye ait aracın arkasına, bir kısmının da sol kapı dikiz aynasına isabet ettiği, ancak şoför mahalline geçmediği anlaşılan olayda, öldürme kastıyla hareket edildiğini gösterir, her türlü kuşku dan uzak, kesin ve yeterli kanıt bulunmadığı gibi atış mesafesine göre vasıtanın elverişsiz olduğu ve mağdurun şikayetinin de bulunmadığı anlaşıldığı halde, silahla tehdit suçundan suçundan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, suçun niteliğinde hataya düşülerek öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 19.11.2015 tarih ve E:2015/1423, K:2015/5601 sayılı kararı

²⁴⁶ Bkz. 35. madde gerekçesi

değerlendirilmelidir.²⁴⁷ Nitekim aracın suç fiilini oluşturabilecek biçimde kullanılmış olması da gerekmektedir.²⁴⁸ Soyut olarak elverişli sayılan bir araç, kullanma biçimi itibarıyla elverişsiz olabilir. Yine, elverişli olmayan bir aracın kullanma biçimine göre elverişli sayılması da mümkündür. Bir aracın elverişli olup olmadığının tespiti hangi şartlar altında, ne gibi bir amaçla ve kime karşı kullanıldığının bilinmesini gerektirir.²⁴⁹ Diğer taraftan, sadece alet değil, suç tipini ihlale elverişli olan her şey araç kavramına dahil olmalıdır.

2.3.2.2.3. İşlenemez Suç

Daha önce de belirttiğimiz gibi, suça teşebbüsün maddi yönden pozitif unsurları bir suçun icrasına doğrudan doğruya ve elverişli hareketlerle başlanmasıdır. Ancak somut olayda, suçun icrasında kullanılan araçların veya yapılan hareket elverişsiz olması veya suçun maddi konusunun bulunmaması halleri de söz konusu olabilir. İşte işlenemez suç, doktrinde, bir ceza kanunu hükmünü ihlale yönelmiş olmasına rağmen, ya hareketin suçu kategorize eden zarar veya tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması, ya da hareketin/suçun konusunun bulunmaması nedeniyle başarısız kalmaya mahkum bir davranış olarak tanımlanmaktadır.²⁵⁰ İşlenemez suçun varlığı halinde fail suçu işlemek istemekte ve aslında bir suç işlediğine de inanmakta ise de, bu suçun işlenmesi imkansız olduğu için aslında fail suç işlememektedir.²⁵¹ Bu itibarla, failin suçlu iradesi bir hareketiyle dışa yansıdığı halde, bu hareketin kanunun öngördüğü sonucu doğurması veya icra

²⁴⁷ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 61-62; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 224

²⁴⁸ İpekçioğlu, s. 91; Centel/Zafer/Çakmut, s. 450; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 224

²⁴⁹ İpekçioğlu, s. 91; Centel/Zafer/Çakmut, s. 450; Yüce, s. 77

²⁵⁰ “İşlenemez suçu, bir ceza kanunu hükmünü ihlale yönelmiş olmasına rağmen, ya hareketin (vasıtanın) ihlal edilmek istenen suçu kategorize eden zarar veya tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması, yahut hareketin mevzuunun bulunmaması sebebiyle başarısız kalmağa mahkum bir davranış olarak tanımlamak mümkündür.” Uğur Alacakaptan, İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından, No 223, s. 1-2; “Sonucun gerçekleşmemesi kullanılan vasıtaların ve dolayısıyla hareketin elverişsiz olmasından veya suçun maddi konusunun bulunmamasından ileri geliyorsa işlenemez suçtan söz edilir.” Toroslu, s. 265, “Hareketin tipikliği gerçekleştirmeye elverişsiz olduğu saptanırsa, elverişsiz teşebbüsten (işlenemez suçtan) söz edilir; elverişsiz teşebbüs cezalandırılmaz. Bu anlamda elverişsizlik, suçun konusu (örneğin ölmüş bir kişiye ateş etme) veya suçta kullanılan araçtan (örneğin büyü yoluyla çocuk düşürme) veya başka nedenlerden ileri gelebilir. Başka bir anlatımla, elverişlilik yalnızca kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır.” Öztürk/Erdem, s.321, 322

²⁵¹ Tozman, Doktora Tezi, s. 131; Hakeri, s. 330

hareketlerinin tamamlanması, failin hareketinin elverişsizliği veya suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle mümkün olmamaktadır.

İşlenemez suç, konu²⁵² veya hareketlerde elverişsizlik şeklinde ortaya çıkabilir. İşlenen suçun maddi konusunun bulunmaması, örneğin hırsızlıkta çalınacak malın, adam öldürmede öldürülecek kişinin, çocuk düşürmede ana rahmine düşmüş ceninin var olmaması halinde konunun yokluğundan; hareketin istenen sonucu meydana getirmeye elverişli olmaması halinde de hareketlerde elverişsizlikten bahsedilir.²⁵³ Teşebbüs halinde kalan suçlarda ayrılık, failin iradesi dışındaki engelleyici sebeplerin, hareketin tamamlanmasını veya neticenin meydana gelmesini önlemelerinden, işlenemez suçta ise hareketteki elverişsizlik ya da suçun maddi konusunun bulunmamasından doğar. Daha açık bir ifadeyle, teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun söz konusu olabilmesi için, suçta kullanılan aracın ve failin hareketin mutlaka elverişli ve suçun maddi konusunun da mutlaka mevcut olması lazımdır. Oysa, işlenemez suçta ya failin hareket elverişsizdir ya da mevcut olmayan bir maddi konuya yönelmiştir.²⁵⁴ İşlenemez suçta da fail suç işleme iradesiyle hareket eder, ancak teşebbüs aşamasında kalan suçlardan farklı olarak herhangi bir nedenle tipikliği gerçekleştirilmesine olanak bulunmamaktadır.²⁵⁵

2.3.2.2.3.1. Suçun Maddi Konusunun Olmaması

Maddi bakımdan suçun konusu, suçun cismini teşkil eden insan veya şeydir: mesela evrakta sahtekarlık suçlarında suçun konusu, üzerinde sahtekarlık yapılan varakadır.²⁵⁶ Failin yaptığı hareketin üzerinde etkisini gösterdiği kişi ya da şey suçun

²⁵² “mahkemece suça sürüklenen çocuğun bankamatikten parayı çekmek isterken şifreyi yanlış yazdığı için karta el konulduğu, kartı almak için bankaya gittiğinde yakalandığı bu nedenle eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmişse de bu olaya ilişkin evrakların dosyada bulunmadığı anlaşılacakla, anılan evrakın araştırılıp dosya içine konulması, suç tarihinin kesin olarak tespiti ile karta el konulması sebebinin bankadan sorulup kartın iptal edilmesi nedeniyle kullanılmasının imkansız hale gelmesinden dolayı karta el konulduğu takdirde işlenemez suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gerekirken eksik incelemeye dayanarak yazılı şekilde hüküm kurulması” Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 04.10.2017 tarih ve E.2017/7700, K.2017/10852 sayılı kararı

²⁵³ Tozman, Doktora Tezi, s. 134

²⁵⁴ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 24; Aydın, s. 84; Hakeri, s. 330-331; Centel/Zafer/Çakmut, s. 465; Sancar/Köprülü, s. 355

²⁵⁵ Öztürk/Erdem, s. 341

²⁵⁶ Dönmezer/Erman, İstanbul/1997, s. 333

maddi konusunu oluşturur.²⁵⁷ Bazı suç tanımlarından konuyu bir nesnenin oluşturduğu, açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Örneğin, hırsızlık suçunda “taşınır bir mal” (m.141, f.1), mala zarar verme suçunda “taşınır veya taşınmaz mal” (m.151, f.1), güveni kötüye kullanma (m.155, f.1) ve zimmet (m.247, f.1) suçlarında “mal” suçun maddi konusunu oluşturur.²⁵⁸ Suçun maddi konusu, kural olarak pasif süjeden ayrı bir kavramdır.²⁵⁹ Nitekim, bazı suçlarda konu ile mağdur iç içe geçmiş olmakla birlikte aynı şeyler değildir. Örneğin, kasten adam yaralama suçunda suçun mağduru yaralanan kişi, konusu ise bu kişinin vücududur.

İşlenmek istenen suç bakımından, suçun maddi konusu mevcut değilse, ortada işlemez suç vardır.²⁶⁰ Örneğin, failin öldürme kastıyla ateş ettiği kişi, daha önce başka bir sebepten ölmüşse, kasten öldürme suçunun maddi konusu olan canlı insan bedeni bulunmadığından, ortaya kasten adam öldürme suçu yoktur. Bu tür olaylarda, failin tehlikeli bir kişilik taşıdığı ortaya çıkmıştır, ancak, işlenmek istenen suç açısından somut olayda suçun konusu bulunmamaktadır.²⁶¹

Doktrinde objektif görüş ışığında, suçun konusunun bulunmaması nedeniyle işlenemez suçun varlığı konusunda mutlak elverişsizlik-nispi elverişsizlik ayrımı yapılmaktadır. Buna göre, mutlak elverişsizliğin bulunduğu olduğu durumlarda işlenemez suçtan söz edilebilecekken, nispi elverişsizliğin bulunduğu durumlarda ise teşebbüsten dolayı sorumluluk doğabilecektir.²⁶² Örneğin, öldürülmek istenen kişinin daha önce ölmüş olması durumunda mutlak bir elverişsizlik, öldürmek istediği kişinin ateş edildiği sırada yatağında bulunmaması durumunda ise nispi elverişsizlik söz konusudur. Yargıtay da önüne gelen bir olayda benzer yönde karar vermiştir: mektubun içindeki para veya sair kıymeti almak için açılan zarftan çıkan, ödenmek üzere bankaya ibraz edilen ve ödenerek arkasına ödeme kaşesi vurulan

²⁵⁷ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 113; İpekçioğlu, s. 108

²⁵⁸ Özgenç, TCK Şerhi, s. 215

²⁵⁹ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 113; İpekçioğlu, s. 108

²⁶⁰ İpekçioğlu, s. 109; Hakeri, s. 329; Bahri Öztürk, Soru ve Yanıtlarla Ceza Hukuku Genel ve Özel, Turhan Kitabevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara/2004, s. 91

²⁶¹ Özgenç, TCK Şerhi, s. 468

²⁶² Öztürk, s. 91

seyahat çeki ekonomik değerden yoksun bulunduğundan eylem hırsızlığa teşebbüs olarak nitelendirilmiştir.²⁶³

Bu gibi olaylarda, her ne kadar işlenmek istenen suç bakımından suçun maddi konusu bulunmuyor ise de, failin gerçekleştirdiği hareketin bağımsız bir suç oluşturup oluşturmadığını tespit etmek gerekir. Örneğin, fail hırsızlık amacıyla bir eve girse ve bu ev boş olsa, diğer bir ifadeyle suçun maddi konusu bulunmuyor ise, faili konut dokunulmazlığının ihlali suçundan sorumlu tutmak gerekecektir.²⁶⁴

2.3.2.2.3.2. Failin Hareketinin Elverişsiz Olması

5237 sayılı TCK'da işlenemez suça yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. TCK'nın, teşebbüsün düzenlendiği 35. maddesinde ise, teşebbüsten bahsedebilmek için elverişli hareketlerle ve doğrudan doğruya bir suçun icrasına başlama şartı getirilmiştir. Bu itibarla Kanununuz, teşebbüsten bahsedebilmek için sadece icra hareketlerine başlamayı yeterli görmemiş, elverişli hareketlerle icra hareketlerine başlanması gerektiği öngörülmüştür. Bu nedenle, eğer yapılan hareket amacı gerçekleştirmeye uygun değilse, teşebbüsün şartlarından biri olmayacağı için bir suçtan da bahsedilmeyecektir.²⁶⁵

Hareketin elverişliliği ise her şeyden önce, kullanılan aracın suç fiiline neden olabilecek nitelikte olmasını gerektirir. Gerçekten, kullanılış şekli, kendisine karşı kullanılan şahsın durumu gibi, olaydan olaya değişen özellikler, soyut olarak ele alındığında elverişli gözükken bir vasıtayı elverişsiz hale getirebilecekleri gibi, bunun aksi de mümkündür.²⁶⁶ Örneğin, yalnızca ses çıkartan bir kuru sıkı tabanca ile bir başkasına ateş etmek kasten adam öldürme suçu yönünden elverişli olmamakla

²⁶³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 25.06.1990, 5-157/200 YKD Eylül 1990, s.1381, altını Öztürk/Erdem, s.344; karşı görüş için bkz. "Keza, mesela, içinde para olduğu zannıyla açılan mektup zarfının içinde para yoktur. Bu durumda, zannımızca, hırsızlık suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırma yoluna gidilemez. Mektup zarfının açılmasıyla haberleşmenin gizliliği ihlal edilmiştir ve ancak bu nedenle fail cezalandırılabilir." Özgenç, TCK Şerhi, s. 468

²⁶⁴ Özgenç, TCK Şerhi, s. 468

²⁶⁵ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 273

²⁶⁶ Alacakaptan, s. 62

beraber, aynı kuru sıkı tabanca ile bir başkasının kafasına vurmak elverişli bir hareket olarak kabul edilebilir.

Hareketin/vasıtanın elverişliliği konusunda ileri sürülen görüşlere (objektif ve sübjektif görüş) önceki bölümlerde yer verildiğinden, bu kısımda ayrıntıya girilmeyecektir. Özetlemek gerekirse, hareketin ve aracın elverişliliği, somut olayın tüm koşulları göz önünde bulundurularak, her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmeli; bu değerlendirme yapılırken, hareketin suçun konusu üzerinde ne ölçüde tehlike yarattığı dikkate alınmalıdır.²⁶⁷

2.3.2.2.4. İşlenemez Suçun Cezalandırılması Sorunu

5237 sayılı TCK'da “işlenemez suç” konusunda açık bir hüküm yoktur. Bu nedenle, işlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorununun ele almak gerekmektedir. İşlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.²⁶⁸ Bu görüşleri, objektif ve sübjektif görüşler olmak üzere iki başlık altında incelemek mümkündür.

²⁶⁷ “Her araç her suç için uygun olmayabilir. Olayın gelişimi, aracın olayda kullanılış biçimi, işlenmek istenen suçun niteliği, bir aracın elverişli olup olmadığını belirlemede önemlidir. Örneğin, oyuncak tabanca, tehdit veya yağma suçu bakımından, olayı yargılayan hakim olarak bizim ortak deneyimlerimize ve somut olayın özelliklerine göre tipikliği meydana getirmeye uygun ve elverişli olabilir; ancak öldürme suçu için değildir. Hayatında eline silah almamış bir kimse, emniyet mandalı kapalı bir tabanca ile ateş etmeye kalktığında bu araç öldürme suçunda somut olay bakımından elverişli bir araçtır.” Öztürk/Erdem, s. 343, 344

²⁶⁸ “İşlenemez suçun cezalandırılmaması sebebi olarak, failin anlama ve isteme kabiliyetinden yoksun olmasını gösteren ve dolayısı ile konuyu sübjektif unsur içinde mütalaa edenlerin görüşleri kabul edilemez. Çünkü, işlenemez suç failinin anlama ve isteme kabiliyetine sahip olarak hareket ettiğinde şüphe yoktur. Bunun gibi, işlenemez suçta, gerçek anlamda bir iradede değil de, yeteri kadar belirlilik (oggettività) kazanmamış bir itişten bahsedilebileceği yolundaki fikir de sağlam değildir. Çünkü, elverişsiz de olsa, hareketin yapılmasıyla iradenin bir objektiflik kazanmış olduğu meydandadır. Scarano'nun da dediği gibi, işlenemez suçta, bir suça iltibasa yer vermeyecek şekilde yönelmiş bir iradenin varlığını gösterebilecek her unsur mevcuttur.” Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 18

2.3.2.2.4.1. Objektif Görüşler

Objektif teori olarak adlandırılan bir görüş, araç veya suçun konusu bakımından mutlak veya nispi imkansızlık söz konusu olduğundan ve işlenemez suçta yapılan hareketin kanundaki suç tanımına uyma olasılığı bulunmadığından, işlenemez suçun cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürer.²⁶⁹ Bu görüşe göre, failin sadece suç işleme kastına sahip olması tek başına hareketi hukuka aykırı kılmaz, ayrıca, hareketin korunan hukuki bir değere zarar vermiş veya onu tehlikeye düşürmüş olması da aranır.²⁷⁰

Objektif görüşler, kullanılan aracın veya maddi konunun bulunmamasının tamamen bir tesadüften kaynaklanması halleri açısından eleştirilmiştir. Örneğin, yatağına ateş edilerek öldürülmek istenen kişinin o anda yataktan uzaklaşmış olması durumunda, ceza verilmemesinin nedeninin açıklanamayacağı ileri sürülmüştür.²⁷¹

2.3.2.2.4.2. Sübjektif Görüşler

Sübjektif teori olarak adlandırılan diğer bir görüş ise, bu gibi durumlarda failin suç işleme iradesinin ortaya çıktığını ve sosyal bir tehlikenin meydana geldiğini ileri sürerek, işlenemez suçun cezalandırılması gerektiği savunur. İşlenemez suçun cezalandırılabilmesi görüşünde olanlar, failin böyle bir durumda suç işleme iradesinin açığa çıktığını, davranışın tipikliği gerçekleştirilmeye elverişli olup olmamasının önemli olmadığını, teşebbüsün başlı başına zaten bir elverişsizliğin ifadesi olduğunu ileri sürmektedir.²⁷² Diğer bir ifadeyle, suçun neticesinin elverişli araçlar kullanılmasına rağmen meydana gelmemesi ile araçların elverişsiz veya suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle meydana gelmemesi arasında hiçbir farkın bulunmadığı ileri sürülmektedir.²⁷³ Buna göre, failin elverişli olduğuna

²⁶⁹ Öztürk, s. 93; Hakeri, s. 330-331; Centel/Zafer/Çakmut, s. 466

²⁷⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s. 466; Özbek, s. 411

²⁷¹ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 47; Özbek, s. 412

²⁷² Öztürk/Ertem, s. 341; Hakeri, s. 330; Özbek, s. 412

²⁷³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 466-467

inandığı bir aracın, gerçekte elverişli olup olmadığı yönünde bir araştırmaya yapmaya gerek yoktur.

2.3.2.2.4.3. Değerlendirme

5237 sayılı TCK işlenemez suçla ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmediğinden, konunun teşebbüse ilişkin düzenlemeyle birlikte ele alınması gerekmektedir. Gerçekten de TCK'nın 35. maddesine göre cezalandırılabilir bir teşebbüsten söz edebilmek için, kişinin, işlenmesi kast edilen suçun icrasına elverişli hareketlerle ve doğrudan doğruya başlaması gerekmektedir. O halde, kullanılan vasitanın veya hareketin elverişsiz olması veya suçun maddi konusunun bulunmaması durumunda bu koşulun gerçekleştiğinden söz edilemez. Kullanılan vasitanın veya dolayısıyla yapılan hareketin elverişsiz olması ve suçun maddi konusunun bulunmaması halinde işlenmek istenen suçun icrasına başlamaktan ve cezalandırılabilir teşebbüsten söz edilemeyeceğine göre, failin cezalandırılması yoluna da gidilemeyecektir.²⁷⁴ Aksi bir durum, bir Anayasa kuralı olan kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.²⁷⁵

2.3.3. Negatif Unsur

TCK'nın 35. maddesindeki tanımdan hareketle, teşebbüsün negatif unsurunu icra hareketlerinin tamamlanamaması veya tamamlanmasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda, suç yoluna giren fail ya icra hareketlerinin bir kısmını gerçekleştirmesine rağmen onları tamamlayamaz ya da sonucu doğurmaya elverişli icra hareketlerini tamamlamasına rağmen suç oluşturamaz.

²⁷⁴ Toroslu, s. 266; Hakeri s. 332; Centel/Zafer/Çakmut, s. 467

²⁷⁵ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 131

2.3.3.1. Doğrudan Doğruya İcraya Başlayıp Tamamlayamama

2.3.3.1.1. İcra Hareketlerini Tamamlamama

Teşebbüs bakımından, işlenmesi düşünülen suçun icrasına elverişli hareketlerle başlayan failin, elinde olmayan engel sebeplerle icra hareketlerini tamamlayamaması gerekir.²⁷⁶ Diğer bir anlatımla, fail, işlemeyi kast ettiği suçun icra hareketlerine başladıktan sonra elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamazsa suç teşebbüs aşamasında kalır. 765 sayılı TCK sisteminde suçun kanuni tanımındaki icra hareketlerinin tamamlanamaması durumunda eksik teşebbüs, suçun icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi durumunda ise tam teşebbüs söz konusu olmaktadır. Ancak, bu ayırım uygulama bazı güçlüklerle²⁷⁷ sebep olduğundan 5237 sayılı TCK ile eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayırımına son verilmiş ve gerek suçun icra hareketlerinin tamamlanamaması, gerekse icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi hali “teşebbüs” kapsamında değerlendirilmiştir.

TCK 35. maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere, icra hareketlerinin tamamlanamaması failin elinde olmayan sebeplerden ileri gelmelidir. Elinde olmayan nedenlerden maksat, failin iradesi dışında gerçekleşen ve icranın tamamlanmasını engelleyen nedenlerdir.²⁷⁸ Engel nedenler failin iradesi üzerinde etki doğurarak hareketlerine devam etmesini ya da sonucun gerçekleşmesini önlemektedir.²⁷⁹ Daha açık bir ifadeyle, engel neden kökeni ve türü ne olursa olsun her zaman failin iradesi dışında ortaya çıkan, ancak etkisini fail üzerinde gösteren bir nedendir.²⁸⁰ Aksi halde, fail kendi isteğiyle icra hareketlerine son vermiş veya neticenin gerçekleşmesini önlemiş ise “*gönüllü vazgeçme*” söz konusu olur. Bu bağlamda, faile engel olan

²⁷⁶ Artuk/Gökçen/Aışahin/Çakır, s. 623; Koca/Üzülmez, s. 425; Akbulut, s. 574

²⁷⁷ “Suça teşebbüs konusunda uygulamada karşılaşılan en önemli sorun, cezanın saptanmasında eksik teşebbüs, tam teşebbüs ayırımının esas alınmasıdır. Çünkü bu ayırım bakımından her olaya uygulanabilen objektif bir ölçüt bulunmamakta ve bunun sonucunda, adil olmayan bir cezalandırma ortaya çıkmaktadır.” Özgenç, Genel Hükümler, s. 436

²⁷⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 337; Akbulut, s. 575

²⁷⁹ Ersan Şen, Türk Ceza Hukuku, D-R Yayınları, İstanbul/2002, s. 226

²⁸⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 338; benzer görüş için bkz Erem/Danişman/Artuk, s. 302

nedenler maddi veya manevi olabileceği gibi üçüncü bir kişinin fiili de olabilir.²⁸¹ Maddi nitelikteki engel nedene örnek olarak taklit anahtarın kilit içinde kırılması verilebilir.²⁸² Manevi nitelikteki engeller ise failin iradesi üzerinde etkisini göstererek icra hareketlerine devam etmesine engel olur.²⁸³ Örneğin, mağdurun veya üçüncü bir kişinin bağırması nedeniyle failin korkup kaçması hali manevi nitelikte bir engel teşkil etmektedir. Fiilin tamamlanmasını önleyen, failin iradesinden bağımsız engeller, fail tarafından kesin bir şekilde öngörülmemiş olmalıdırlar. Eğer fail suçu işleyemeyeceğini kesin olarak öngörmüş ise, bu durumda faili cezalandırmak mümkün değildir.²⁸⁴

Yargıtay'ın failin iradesi dışındaki bir nedenle icra hareketlerini tamamlayamaması konusunda verdiği çeşitli kararları mevcuttur.²⁸⁵

2.3.3.1.2. Neticenin Gerçekleşmemiş Olması

Eğer suç tipi suçun tamamlanması için hareketin belirli bir neticeye yol açmasını arıyorsa, suçun tamamlanması için bu neticenin gerçekleşmesi gerekir. Örneğin adam öldürme suçunda, kanuni tipte hareketten ayrı olarak bu hareketin neden olduğu bir neticenin gerçekleşmesi aranmıştır. Neticeli suçlarda, icra hareketlerinin engel sebeplerle yarıda kalması veya icra hareketleri tamamlanmış

²⁸¹ “Engel neden, maddi bir neden olabileceği gibi, manevi bir neden de olabilir. Engel neden üçüncü bir kişinin fiilinden, yahut maddi bir enerjinin katılması sonucunda da meydana gelebilir. Ancak, engel neden, kökeni ve türü ne olursa olsun, her zaman failin iradesi dışında ortaya çıkan ve failde etkilerini meydana getiren bir nedendir.” Hafizoğulları/Özen, s. 338; Sancar/Köprülü, s. 354

²⁸² Erem/Danışman/Artuk, s. 302

²⁸³ İpekçioğlu, s. 122

²⁸⁴ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 292

²⁸⁵ “Olay tarihinde sanığın mağdurun lokantasının mutfak camını kırarak içeriye girmeye çalıştığı sırada, sesleri duyarak gelen polisleri fark ederek kaçtığı, olay yerinden alınan parmak izlerinden kendisine ulaşıldığı sabit bulunan olayda, kanunun benimsediği objektif teori esas alındığında, mağdura ait lokantanın mutfak kapı camını kıran, ancak polislerin olay yerine gelmeleri üzerine içeriye girmeden kaçan sanığın, mağdurun taşınır malını koruduğu egemenlik ve tasarruf alanına müdahale ederek, hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarının kanuni tanımında belirtilen elverişli hareketlere başladığı, ancak polislerin gelmesi üzerine içeriye girmeden ve hırsızlık suçunu tamamlayamadan kaçtığı, bu durumda polisleri görüp kaçtığı ana kadarki eylemin, kişi hürriyetini koruyan işyeri dokunulmazlığının ihlali ile mülkiyet ve zilyetlik hakkını koruma altına alan nitelikli hırsızlık suçunun kanuni tanımında öngörülen neticeyi meydana getirmeye elverişli olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, eyleminin; mala zarar verme suçunun yanında, nitelikli hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarına teşebbüsü de oluşturacağı kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.03.2016 tarih ve E: 2014/13-729, K: 2016/151 sayılı kararı

olmasına rağmen failin elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi durumunda teşebbüs söz konusu olur.²⁸⁶ Bu bağlamda, neticeli suçlarda sonucun meydana gelmemesi, failin iradesi dışında bir nedenden kaynaklanmalıdır.²⁸⁷ Zira fail, kendi iradesi ile de sonucun gerçekleşmesini önleyebilir, ancak bu durum, gönüllü vazgeçme diye adlandırılan başka bir kuruma vücut vermektedir.

Bilindiği üzere sırf hareket suçları icra hareketlerinin tamamlanmasıyla, neticeli suçlar ise icra hareketlerinin tamamlanması ve bunun sonucunda kanuni tarifte öngörülen neticenin meydana gelmesiyle gerçekleşirler. Bu itibarla, sırf hareket suçlarında teşebbüs icra hareketlerinin yarıda kalması halinde söz konusu olur. Neticeli suçlarda ortaya çıkan teşebbüs ise, icra hareketlerinin yarıda kesilmesi ile söz konusu olabileceği gibi, icra hareketlerinin tamamlanmasından daha ileri bir aşamada suç yolunun yarıda kesilmesini de gerektirmektedir.²⁸⁸

Yargıtay, failin iradesi dışında gerçekleşen bir nedenle sonucun gerçekleşmemesi durumuna ilişkin olarak verdiği çok sayıda kararlar, konuyu aydınlatmaya çalışmaktadır.²⁸⁹

²⁸⁶ “Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın, maktülü öldürdükten sonra bankanın içinde bulunan ve kendisine engel olmak amacıyla bankadan dışarı çıkmak isteyen görevli mağdur Recep’e doğru hedef gözeterek dört el ateş ettiği, ancak kurşun geçirmez cam nedeniyle sonucun gerçekleşmediği olayda, mağdur Recep’e yönelik eylemin TCK nun 82/1-g-h, 35. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken bir bütün halinde görevliye direnme suçunun oluştuğu kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hk” Yargıtay 1. Ceza Dairesi 04.11.2008 tarih ve E: 2007/6932, K: 2008/7041 sayılı kararı

²⁸⁷ İpekçioğlu, s. 149

²⁸⁸ İpekçioğlu, s. 150

²⁸⁹ “Olay tarihinde gece vakti suça sürüklenen çocuğun yanında bulunan ve kimliği tespit edilemeyen şahıslarla birlikte yüzlerinde kar maskesi takılı halde katılana ait işyerinin kepengini levye ile açmak için uğraştıkları sırada devriye görevi yapan kolluk güçlerinin şahısları görmeleri üzerine kaçmaları şeklinde gerçekleşen olayda” Yargıtay 13. Ceza Dairesinin 31.05.2018 tarih ve E:2017/5801, K:2018/8657 sayılı kararı

“... şikayetçi kurum tarafından döşenmiş olan yer altı elektrik kablolarını logar kapağını açtıktan sonra, kuruma ait elektrik kablosunu makas ile kestikleri sırada olayın vatandaşlar tarafından polise ihbar edilmesi üzerine birlikte kullandıkları ... plaka sayılı araç ile olay mahallinden uzaklaştıkları, olay yerinde suç aleti olan kesme makinesi ve bir çift eldiven bırakarak kaçtıkları ancak polis bu ihbar üzerine aralıksız faillerin takibi neticesinde aracın durdurulduğu ve suça sürüklenen çocuğun yaşları büyük sanıklarla birlikte yakalandığı, bu suretle suça sürüklenen çocuğun gece vakti kamu yararına tahsis edilmiş eşya hakkında hırsızlığa teşebbüs suçunu işlediği anlaşılmakla” Yargıtay 15. Ceza Dairesinin 29.05.2018 tarih ve E:2018/3300, K:2018/4028 sayılı kararı

2.3.4. Gönüllü Vazgeçme

Neticenin meydana gelmemesi failin iradesi dışındaki sebeplerin etkisi ile olabileceği gibi, bizzat failin iradesinden kaynaklanan sebeplerden de kaynaklanabilir. Fail icra hareketleri sırasında suç yoluna son verebileceği gibi, icra hareketlerinden sonra da neticenin meydana gelmesini önleyebilir. İşte bu durumda, faal nedametten (gönüllü vazgeçme) söz edilir.²⁹⁰ Gönüllü vazgeçme TCK'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçer veya kendi çabaları ile suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.” hükmüne yer verilmiştir. Madde gerekçesinde ise; “gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Böylece suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hale gelmektedir. Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir.” şeklinde açıklanmıştır.

Gönüllü vazgeçmede fail, iter criminis'e tamamen hakim olarak sonucu önlemekte ve iter criminis'in önüne geçmektedir.²⁹¹ Diğer bir ifade ile, fail icra hareketlerine devam edebilecek ve neticeye gerçekleştirebilecek imkana sahip olmasına rağmen, bunu istememektedir.²⁹² Örneğin, failin öldürme amacıyla ateş edip yaraladığı kimseyi, pişman olup hastaneye götürmesi ve böylece ölüm neticesinin gerçekleşmesini engellemesi veya karısını öldürmek isteyen kocanın, onu

²⁹⁰ Köksal Bayraktar, Faal Nedamet, İÜHFM C. XXXIII S:3-4 İstanbul/1968, s. 122; Toroslu, s. 266; Akbulut, s. 582

²⁹¹ Bayraktar, s. 123

²⁹² Sancar/Köprülü, s. 354

zehirledikten sonra ölüm neticesi meydana gelmeden bir panzehirle zehrin etkisini ortadan kaldırması halinde gönüllü vazgeçme söz konusudur.²⁹³

Fail elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamazsa teşebbüs söz konusu olur; ancak, failinin başladığı icra hareketlerini tamamlama imkanı varken, kendi iradesiyle ve isteyerek hareketlerine devam etmemesi halinde icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçme söz konusudur. Suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önleme ise icra hareketleri tamamlandıktan sonra sonucun gerçekleşmesini engellemeye yönelik çabaların ortaya konulmasını ifade eder.²⁹⁴ Failin dışarıdan gelen maddi veya manevi bir zorlama veya etki nedeniyle icra hareketlerinden vazgeçmesi durumunda gönüllükten söz edilemez. Teşebbüsten söz edilebilmesi için, failin elinde olmayan nedenlerle işlemeyi kast ettiği suçun icra hareketlerini tamamlayamamış olması gerekir. Buna karşılık fail, icra hareketlerini gönüllü olarak yarıda bırakır veya suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini kendi çabalarıyla önlerse, gönüllü vazgeçme söz konusu olur ve fail işlemeyi kastettiği suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz.²⁹⁵

2.3.5. Teşebbüs Halinde Verilecek Cezanın Belirlenmesi

5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında, suça teşebbüste cezanın tespit edilmesinde eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımına yer verilmemiş; adil ve eşit bir cezalandırma bakımından teşebbüsün meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının dikkate alınması esası benimsenmiş ve hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu hususa ilişkin olarak Gerekçe'de, "suçun tamamlanmadığı durumlarda ceza miktarı belirlenirken, yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasından ziyade, fiilin doğurduğu zarar ve tehlikenin ağırlığının dikkate alınması" gerektiği ifade edilmiş, devamında bu husus, "çünkü, bir olayda icra hareketleri bitmemesine rağmen ortaya çıkan zarar ve tehlike, icra hareketlerinin bitmesinden sonra meydana gelen zarar ve tehlikeden daha ağır olabilir. Özellikle silahla yapılan ve tekrarlanan hareketlerle gerçekleştirilmek istenen adam öldürme

²⁹³ Gökçen/Balcı, s. 82

²⁹⁴ Aydın, s. 104; Zafer, s. 303-304; Centel/Zafer/Çakmut, s. 457

²⁹⁵ Öztürk/Erdem, s. 328; Centel/Zafer/Çakmut, s. 463

suçunda bu durum söz konusu olmaktadır. Örneğin, tabancasındaki mermilerden sadece birini atıp mağduru yaraladıktan sonra engellenen fail, icra hareketleri bitmediği için adam öldürmeye eksik teşebbüsten dolayı, buna karşılık silahındaki tek kurşunu atıp mağdura isabet ettiremeyen fail, icra hareketleri bittiği için tam teşebbüsten dolayı cezalandırılmaktadır.” şeklinde açıklanmıştır.

Bu itibarla, suça teşebbüs işlenmesi kast edilen suçtan dolayı verilecek cezanın zorunlu olarak indirilmesini gerektirir. Aynı madde uyarınca suça teşebbüs halinde fail; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Süreli hapis ve adli para cezalarında ise verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilecektir.

Buna göre, suça teşebbüs durumunda hakim, önce cezanın belirlenmesindeki ölçülere göre temel cezayı saptayacak; daha sonra, bu konuya ilişkin hükümdeki sırayı takip ederek teşebbüs hükmünü uygulayacaktır. Bu hüküm uygulanırken de somut olayda ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak, teşebbüse ilişkin hükümde belirtilen sınırlar arasında bir ceza tayin edilecektir.²⁹⁶ Yargıtay da kararlarında zarar ve tehlikenin ağırlığının esas alınması gerektiğini vurgulamaktadır.²⁹⁷

²⁹⁶ Gökçen/Balcı, s. 80

²⁹⁷ “Sanığın av tüfeği ile ateş ederek mağdur M’yi sağ kalça ve sağ ayaktan olmak üzere 2 yerinden basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek nitelikte yaraladığı anlaşılmakla, teşebbüs nedeniyle 9 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngören TCK’nın 35. maddesi uygulanırken, meydana gelen zararın ağırlığı da dikkate alınarak, cezanın alt sınırdan makul oranda uzaklaşarak belirlenmesi yerine, mağdurun hiç isabet almaması halinde uygulanabilecek alt sınırdan ceza tayin edilerek, yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle eksik ceza verilmesi hk.” (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 13.05.2010-458/3549)

“Yakınanın, aracını sokakta kilitlemeden park ettiğini ve sürgülü kapısının çekilme sesini duyması üzerine aracının yanına gittiğini ve kaçan şahısları gördüğünü ifadelerinde açıklaması, ayrıca araçta herhangi bir hasar olduğu da belirlenemediği gözetildiğinde; park halinde olan ve kapısı kilitlenmeyen aracın sürgülü kapısının çekilerek hırsızlığa teşebbüs şeklindeki eylemin, 5237 sayılı TCK’nın 141/1.maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu gözetilmeden aynı Kanununun 142/1-e maddesi uyarınca hüküm kurulması suretiyle suça sürüklenen çocuklar hakkında fazladan cezaya hükmedilmesi hk (Yargıtay 2. Ceza Dairesi 22.01.2013 tarih ve E.14121/739 sayılı kararı) Sanığın yüz ve boyun bölgelerine satırla iki kez vurduğu eşi mağduru, çoklu damar yaralanmasına, yüzde sabit ize ve hayati tehlikeye neden olacak şekilde yaralayarak öldürmeye teşebbüs ettiği olayda, 13 ile 20 yıl aralığında hapis cezası öngören TCK’nın 35. maddesinin uygulanması sırasında, mağdurda meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı birlikte değerlendirildiğinde, üst sınıra yakın bir ceza yerine, teşebbüsün derecesinde yanılığa düşülerek, yazılı biçimde daha az vahamet bulunan olaylarda uygulama olanağı bulunan 16 yıl hapis cezasına hükmetmek suretiyle eksik ceza tayini, aleyhe temyiz

Bu noktada, TCK'nın "Cezanın belirlenmesi" başlıklı 61. maddesinin birinci fıkrasının e bendine değinmekte fayda vardır. Söz konusu madde, temel cezanın, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığını da göz önünde bulundurarak işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırları arasında belirleneceğini düzenlemektedir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise; "Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde temel cezanın tayininde ayrıca göz önünde bulundurulmaz." hükmüne yer verilmiştir. Teşebbüsün unsurlarını incelerken de değindiğimiz üzere, zarar ve tehlike teşebbüsün kurucu unsurlarından biri değildir. Bu durumda, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda "meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı" hem 35/2. madde hükmü, hem de 61/1-e madde hükmü uygulanırken iki kez göz önüne alınacaktır. Doktrinde, bu sorunun iki hükümden birinin ihmal edilmesiyle aşılmasının mümkün olabileceği, ancak hakimin geçerli iki hükümden birini ihmal edemeyeceği ileri sürülmüştür.²⁹⁸

Bu nedenle, çoğu yazar "meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre" hükmünden maksadın esasında "eksik teşebbüs" ve "tam teşebbüs" ayrımı olduğunu vurgulamış, meydana gelen zararın tam teşebbüsü, meydana gelen tehlikenin ise eksik teşebbüsü karşıladığını ifade etmiştir.²⁹⁹ Diğer bir ifadeyle, kanun koyucunun farkında olmadan 765 sayılı kanunda yer alan eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımını kabul ettiği ileri sürülmektedir.³⁰⁰

olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." (Yargıtay 1. Ceza Dairesi 29.01.2013 tarih ve E.4370/598 sayılı kararı)

²⁹⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 339

²⁹⁹ Hafizoğulları/Özen, s. 339; benzer görüş için bkz Özbek, s. 407

³⁰⁰ Bu konuda İÇEL "Kanımızca, yeni kanuna göre zarar veya tehlikenin ağırlığına bakılacağı içindir ki, uygulamada ceza belirlenirken eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımının yine de dikkate alınması gerekecektir." s. 511

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BAZI SUÇLAR YÖNÜNDEN TEŞEBBÜS SORUNU

Teşebbüs kurumunun TCK'nın 35. maddesinde, genel hükümler bölümünde düzenlendiğini belirtmiştik. Diğer taraftan, TCK'nın 5. maddesinde ise, bu Kanunun genel hükümlerinin özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, suça teşebbüsle ilgili düzenlemeler genel hüküm niteliğinde olduğundan, kural olarak bütün suçlara teşebbüs olanaklıdır. Ancak, bazı suç tipleri yapıları gereği teşebbüsün varlığı için gereken koşullara sahip değildir.³⁰¹ Diğer bir ifadeyle, nitelikleri gereği teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı suçlar da vardır. Bu başlık altında, tartışmalı olan bazı suç tipleri açısından teşebbüsün mümkün olup olmadığı ele alınacak; bu bağlamda, sırasıyla taksirlik suçlar, olası kasıtlı işlenen suçlar, ihmal suçları, tehlike suçları, sırf hareket suçları, kalkışma suçları, kesintisiz suçlar, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar ile kabahatlerin teşebbüse elverişliliği tartışılacaktır.

3.1. Taksirli Suçlar

Taksir TCK'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olup; "Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmeyle gerçekleştirilmesi" olarak tanımlanmıştır. TCK'nın 35. maddesi hükmü uyarınca teşebbüsten söz edebilmek için ise belli bir suçu işleme yönünde kasıtlı hareket edilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu da TCK'nın 35. maddesinde "kişinin işlemeyi kast ettiği bir suçu" şeklindeki ifade ile bu duruma işaret etmektedir.

³⁰¹ İçel, s. 512-513; İpekçioğlu, s.175; Toroslu, s.269

TCK'nın 22. maddesinde belirtildiği üzere, taksirin cezalandırılmasının esasını dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle, fail üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, istemediği ve öngörmediği bir sonucun doğmasına neden olmaktadır. Taksirli suçlarda bir suç işleme kararı ve iradesi bulunmadığından, taksirle işlenen suçlarda teşebbüs mümkün olmaz.³⁰² Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında, taksirde sorumluluk belirlenirken kişinin değil sadece davranışın göz önünde bulundurulacağı, ancak, sadece objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışın varlığının cezalandırılmayacağı, buna bağlı olarak bir sonucun da ortaya çıkması gerektiğini (Örneğin; kişinin sadece ehliyetsiz araba kullanıyor olması, bir netice ortaya çıkmadıkça “taksirle öldürme veya yaralama” suçlarına teşebbüs olarak değerlendirilmez.) ifade etmiştir.³⁰³

Taksirin basit şekli için geçerli olan “sonucun istenmemesi” şartı, bilinçli taksirle işlenen suçlar bakımından da geçerlidir. Bilinçli taksir TCK'nın 22. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olup, bu maddeye göre “Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır.” Bilinçli taksirde fail, sonucu öngörmekte, ancak gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmektedir.³⁰⁴ Teşebbüsün varlığı için gereken unsur ise sonucun öngörülüp öngörülmemesi değil, sonucun gerçekleşmesinin istenmesidir. Bu nedenle, yapıları itibarıyla taksirli suçlar, ister basit ister bilinçli taksirle işlensin, teşebbüsün oluşumuna uygun değildir.³⁰⁵

3.2. Olası Kastla İşlenen Suçlar

Olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olup olmayacağı tartışmalıdır. Doktrinde bu konuda bir görüş birliği olmadığı gibi uygulamada da görüş farklılıkları mevcuttur. 5237 sayılı TCK'nın 21/2. maddesinde “Kişinin, suçun

³⁰² İpekçioğlu, “Teşebbüs ile taksirin bir arada bulunması mümkün değildir.” s.176; Öztürk/Erdem, s. 346; Hafizoğulları/Özen, s. 345; İçel, s.513; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.795; Demirbaş, s. 426

³⁰³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 22.03.2016 tarih ve E:2014/12-779, K:2016/136 sayılı kararı

³⁰⁴ Toroslu, s. 207; İpekçioğlu, s.176-177

³⁰⁵ İpekçioğlu, s. 177; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 636; Hakeri, s. 321; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 788

kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.” hükmü düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK ile ceza sistemimize giren ve TCK’nın kast başlıklı 21. maddesi içerisinde kastın bir türü olarak düzenlenmiş olan olası kast, kişinin kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, vurdumduymaz davranarak ve riski göze alarak fiili işlemeye devam etmesidir.³⁰⁶ Diğer bir deyişle fail, muhakkak değil ama büyük olasılıkla gerçekleşecek olan neticenin meydana gelmesini kabullenmekte, riski göze alarak hareketlerine devam etmektedir.³⁰⁷

Öğretide tartışmalı olan husus, failin yöneldiği sonucun teşebbüs aşamasında kalması halinde, doğrudan olmayan ancak öngördüğü ve riski göze aldığı diğer sonuçlar bakımından da sorumlu tutulup tutulmayacağıdır. Olası kastla işlenen suçlarda³⁰⁸ teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden biri, olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsün mümkün olmadığı, zira, teşebbüse uygun olan kastın belirli bir suç sonucuna doğrulmuş kast olduğu, olası kastla işlenen suçların ise belirli bir sonuca doğrulmuş kastla işlenmediğini ileri sürmektedir.³⁰⁹ Bu görüşe göre, olası kast her şeyden önce

³⁰⁶ İpekçioğlu, s. 167; Toroslu, s.188

³⁰⁷ “Olay günü saat 06:30 sıraları sanığın kullandığı LPG tankeri ile seyrederken, kendisine kırmızı ışık yandığı halde durmayarak kavşağa girdiği ve kendilerine yeşil ışık yandığı için kavşağa giren mağdurların da içinde bulunduğu otomobile çarpması sonucu kazaya ve mağdurların yaralanmasına sebep olduğu olayda, sanığın kaza olabileceğini ve meydana gelen neticelerin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen bunları kabullendiği, meydana gelen neticeden sorumlu olduğu ve eyleminin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu anlaşıldığı halde, yazılı şekilde bilinçli taksirle yaralamaya neden olma suçundan mahkumiyetine karar verilmesi hk.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi 02.12.2009 tarih ve E:9622/7389 sayılı karar

³⁰⁸ “Örneğin pek çok insanın ölebileceğini de öngörerek bir meydana panik yaratmak için bomba koyup ölüm sonucuna neden olan kimsenin kastı dolaylı veya olası kاستtır.” Toroslu, s.188

³⁰⁹ “Gayri muayyen/dolaylı/ olası kastla, suça teşebbüs mümkün değildir, çünkü suçun unsuru olarak kanunun öngördüğü netice meydana gelmiş olmadıkça, bu tür bir kastla işlenmiş bir suç da mevcut bulunmamaktadır. Gerçekten, olası kastla işlenen suçlarda, madem netice kاستı belirlemektedir, neticenin gerçekleştiği bir yerde, artık o suça teşebbüs yoktur; ortada tamamlanmış bir suç vardır.” Hafızoğulları/Özen, s. 331; “Olası kast, taksirde olduğu gibi istisnai bir kusur türü olduğundan, sonuç alt unsuru gerçekleşmeden bu tür kastından dolayı failin cezalandırılmaması gerekir. Aksi takdirde, ‘olasılığa göre cezalandırmanın sınırlarını çok genişleten ve keyfiliğe olanak veren bir durum yaratılmış olur” İçel, s. 498; “T.C.K. 35. maddesinde ‘kişi, işlemeyi kastettiği bir suç...’ ifadesi kullanılmaktadır. Eğer maddedeki kast kavramı hem hareketin istenerek yapılmasını ve hem de neticenin öngörülerek istenmesini kapsıyor ise (ki kişi özgürlüğünü korumak için öyle değerlendirmek gerekir) olası kastla suça teşebbüs mümkün değildir.” Soyaslan, Genel Hükümler, s. 271-272; “Kanaatimizce fail, öldürmek için mağdura ateş etse ve kurşun mağdura ve yanında bulunan kişiye isabet etmese, failin mağdura yönelik fiili yönünden kasten öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu olması mümkün ise de, mağdurun yanında bulunan kişi yönünden olası kastla yaralama ya da öldürmeye teşebbüs suçlarından sorumlu olması mümkün değildir. Zira failin mağdurun yanındaki kişiye yönelik doğrudan öldürme ya da yaralama kاستı yoktur ve ancak zararlı netice gerçekleşirse

tamamlanmış suçlarda bir anlam ifade ettiğinden, diğer bir anlatımla olası kast suç sonucu ile belirlendiğinden, olası kastla işlenen suçlara teşebbüs mümkün değildir. Olası kastın bulunması halinde, oluşması muhtemel sonuç doğmuş ise fail bu sonuçtan sorumlu tutulacak; fakat eylem neticesinde oluşması muhtemel sonuç doğmamış ise, oluşmayan bu sonuç yönünden faili cezalandırmak, sorumluluk alanını ölçsüz bir şekilde genişletecektir.³¹⁰

Nitekim Yargıtay'ın da, olası kastı neticenin belirleyeceği görüşünden hareketle, öngörülen ancak meydana gelmeyen sonuç yönünden teşebbüsün oluşmayacağı şeklindeki kararları ağır basmaktadır. Diğer bir anlatımla, Yargıtay, doğrudan doğruya kasıtlı işlenmek istenen suçun yanında öngörülen ama meydana gelmeyen ikincil netice açısından teşebbüsün oluşmayacağı görüşündedir.³¹¹

Diğer bir görüş ise, olası kastla işlenen suçlarda da teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini savunmaktadır.³¹² Olası kastın suça teşebbüsle bağdaşabileceğini,

failin kastı belirlenebilecek ve fail bu neticeden sorumlu olacaktır.” Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul/2006, s. 107

³¹⁰ İpekçioğlu, s. 168; İçel, 498

³¹¹ “Sanığın hedefi konumundaki M.’ye ateş ederken onun yakınında bulunan kişi ya da kişilerin isabet alıp yaralanabileceği ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen atışa devam ederek mağdur V.’yi yaraladığı olayda kastı sonuç belirler kuralı gereğince eylemin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin olası kastla öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması kanuna aykırıdır.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi 02.11.2011 tarih ve E:2011/41 sayılı kararı

“Somut olayda sanık elinde öldürmeye veya yaralamaya elverişli bıçakla öleni kovalamış, akan trafiğe rağmen yola girerek saldırıdan kurtulmaya çalışan öleni takibini ısrarla sürdürmüş, yoldan geçen araçlardan yardım isteyen ölen hiç kimsenin kendine yardım etmemesinin verdiği çaresizlik ve saldırıdan kurtulmak amacıyla orta refüjden tekrar kaplamaya girmiş ancak, yolda seyir halinde bulunan bir aracın kendisine çarpmasıyla hayatını kaybetmiştir. Sanığın eylemi somut olayda öngörme hususu gerçekleştiğinden taksir boyutunu aşmıştır, sanık öngördüğü sonucun meydana gelmeyeceğine yönelik bir güvenle de hareket etmeyip, aksine muhtemel tüm sonuçları öngörmesine rağmen hareketini sürdürmüş dolayısıyla bu sonucu kabullenmiştir. Bu itibarla sanığın olası kastla öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yerine eylemi ikiye bölerek taksirle öldürme ve silahla yaralamaya teşebbüs olarak değerlendiren yerel mahkeme kararının suç niteliğindeki isabetsizlik nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir.” Yargıtay 12. Ceza Dairesi E:2011/19124, K:2012/14547

³¹² “Fail, olası kastla hareket ettiğinde de, gerçekleşmemiş olan yan netice ile subjektif bir bağ içinde bulunmaktadır. Bizim düşüncemize göre olası kastta gerçekleşmeyen yan neticeler bakımından teşebbüs söz konusu olabilir. Failin gerçekleştirmek istediği asıl neticeye zorunlu olarak bağlı olmayan, gerçekleşme olanak ve olasılığı çok yüksek olan ikinci derecede neticeler bakımından da teşebbüsün mümkün olduğu bizce de yerinde olarak bazı yazarlarca kabul edilmektedir.” Öztürk/Erdem, s. 319

“Failin bir neticeyi gerçekleştirmek isterken, bu neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan neticeler bakımından doğrudan kast söz konusudur. Ancak failin gerçekleştirmek istediği asıl neticeye zorunlu olarak bağlı olmayan, fakat gerçekleşme imkan ya da ihtimali çok yüksek olan ikinci neticelerin kabullenilmesi durumunda olası kast vardır. Kalabalık bir topluluğun içinde bulunan kişiye tabancayla birçok kez ateş eden fail, başka kişilerin ölebileceğini öngörüyor ve öngörmesine rağmen bu neticenin

bu kasıt türünün, suça teşebbüsün manevi unsurunu oluşturabileceğini kabul edenlerin önemli bir kısmı, teşebbüs kastı ile tamamlanmış suça ilişkin kastın kapsam bakımından aynı olduğunu savunan görüşe dayanmaktadırlar.³¹³ Bu görüşe göre Kanun, teşebbüs hükümlerinin uygulanırlığı açısından failin kasten hareket etmesini yeterli görmüş, bu kastın doğrudan ya da olası kast olması yönünde bir ayrıma gitmemiştir. Ayrıca, gerek doğrudan kast gerekse olası kast Kanunun aynı maddesinde ve kast başlığı altında düzenlendiğinden, kast tabiri hem doğrudan hem de olası kastı kapsamaktadır.³¹⁴

Olası kastla teşebbüs derecesinde kalan bir suçun işlenebileceği görüşünü savunan Adem SÖZÜER'e göre olası kast, failin gerçekleştirmek istediği asıl sonuca zorunlu olarak bağlı olmayan ancak gerçekleşme ihtimali yüksek olan ikinci sonuçların da fail tarafından kabullenilmesi ve riskin göze alınmasıdır. Örneğin, fail tarafından kalabalık bir toplulukta bulunan kişiye ateş açılması halinde, başkalarının da ölebileceğinin öngörülmesi ancak bu durum kabullenilerek hareket edilmesi durumunda, istediği sonuç gerçekleşmese dahi fail adam öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacaktır.³¹⁵

Her ne kadar günümüzde Yargıtay'ın baskın görüşü olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmayacağı³¹⁶ yönünde ise de, eski tarihli bazı

gerçekleşmesine rıza gösterip fiiline devam ediyorsa olası kastla adam öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir." Sözüer, Suça Teşebbüs, s. 163

³¹³ Tuğrul Katoğlu, Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs, Prof. Dr. Nevzat Torosluya Armağan Cilt I, Ankara/2015, s. 616; İpekçioğlu, s. 168 vd.

³¹⁴ "Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, öğretide olası kastın kast kavramının kapsamında olduğu ileri sürülmüştür. Bu anlayışa göre, olası kastla işlenen suçlarda da teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir." Centel/Zafer/Çakmut, s. 457-458

³¹⁵ Sözüer, Suça Teşebbüs, s. 163

³¹⁶ "Olası kast netice ile belirli hale gelir ve fail ancak meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilir. Yani olası kast halinde netice kastı belirler kuralı geçerlidir. Gerçekleşme ihtimali bulunan neticelere teşebbüs kabul edilemez. Olası kastla hareket edilmesi sonucunda yaralama gerçekleşmişse, yaralama ne kadar ağır olursa olsun fail olası kastla yaralamadan sorumlu olacak olası kastla öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilmeyecektir. Bu kabulün diğer bir yönü de olası kastla hareket eden birden fazla failin benzer eylemlerinde neticeden sorumlu tutulabilmeleri için neticenin hangisinin eylemi ile meydana geldiğinin mutlak surette tespit edilmesi gerekmektedir.

Bu konuda öğretide; "Doğal olarak olası kasttan dolayı sorumlu tutulabilmek için öngörülen fiilin gerçekleştirilmesi gerekir" (Ali Murat Nas, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Olası Kast Bilinçli Taksir Ayrımı, Adalet dergisi Eylül 2005, sayı 23, s.213) ; "Eğer fiil gerçekleştirilmezse, netice de oluşmayacağından olası kasttan basedilemez. Çünkü olası kast netice ile belirlenir. Yani gerçekleşmeyen neticeler bakımından failin olası kasttan sorumluluğu yoluna gidilemez." (Gürsel Akpınar, Yeni Türk Ceza Kanununa göre Suçun Unsurları Bağlamında Kast, Taksir ve Kast-Taksir

kararlarında olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu vurguladığı da görülmektedir.³¹⁷

3.3. İhmal Suçları

Ceza hukukunda suçlar, hareketin şekli bakımından ihmal suçları ve icra suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Bir şey yapmayı emreden, bir şey yapmanın emri olan normların ihlal edilebilmesi için bir ihmal gerekmede, bu nedenle bu tür suçlara ihmal suçu denilmektedir. İhmalin esasını, kişinin yapmak zorunda olduğu bir hareketi yapmaması oluşturmakta ise de; bütün ihmali hareketler değil, sadece hukuk kuralları ile çatışan ihmali hareketler hukuku ilgilendirmektedir.³¹⁸ Diğer bir ifadeyle ihmali davranışlar, hukuk düzeni tarafından yapılması emredilen hareketlerin yapılmamasından ibarettir.³¹⁹ İhmal suçları da kendi arasında sırf ihmal suçları ve ihmal suretiyle icra suçları olarak ikiye ayrılmaktadır.³²⁰ Sırf ihmal suçları yapılması gereken hareketin yapılmamasıyla oluşurken, ihmal suretiyle icra suçlarında ihmalin maddi bir sonuca neden olması gerekir.

Kombinasyonu, Netice Sebebiyle Ağırtaştırılmış Suç, s.6) şeklinde görüşler ileri sürülmüştür. Yargıtayın yerleşmiş içtihatlarında da olası kast sorumluluğunun failin hareketine bağlı gerçekleşen netice ile doğduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle karmaşık olaylarda mağdurun yaralanmasına neden olan kurşunun kimin silahından çıktığının tespit edilemediği durumlarda, illiyet bağı da tam olarak tespit edilememiş olduğundan sanıkların olası kast ile yaralama suçundan beraatlerine karar verilmelidir.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Birbirlerine komşu olan Ç. ailesi fertleri ile D. ve U. ailesi fertleri arasında suç tarihinde çıkan ve iki kişinin ölümü ile yedi kişinin yaralanmasına neden olan çatışma sırasında, mağdur E.'nin yaralanmasına neden olan kurşunun kimin silahından çıktığı tespit edilemeyip, sanıkların fiilleri ile netice arasında nedensellik bağı bulunduğu da saptanamadığından, sanıklar Z., F. ve İ.'nin mağdur E.'yi olası kast ile yaralama suçundan beraatlerine karar verilmesi gerekmektedir.

Bu nedenle, sanıkların mağdur E.'yi olası kastla yaralama suçundan mahkûmiyetlerine ilişkin hükmün bozulmasına karar verilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu 14.05.2015 tarih ve E:2014/1-256, K:2015/100 sayılı kararı

³¹⁷ “Tabancayı düğün yerinde bulunan topluluğa doğru yatay ve hatta yukarıdan aşağı eğik durumda tevcih ederek müteaddit el ateş eden ve hayati nahiyeden isabet sağlayan sanıkta öldürme bilinci ve muayyen olmayan öldürme kasdının varlığı kabul edilmelidir. Sanığın normal bir insan boyundan daha aşağı bir seviyede topluluğa yönelterek yaptığı müteaddit atışlardan çıkan mermilerin kişi veya kişilere isabet edeceğini bilmesi gerekir. Bu itibarla olayda muayyen olmayan kastla adam öldürmeye tam teşebbüste bulunmak suçu oluşmuştur.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 24.05.1983 tarih ve E.1983/1812 sayılı kararı, YKD, Eylül 1983, s. 1381 vd, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, s. 607

³¹⁸ Önder Tozman, İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme, TBB Dergisi, Sayı 84, Ankara/2009, s. 161

³¹⁹ Toroslu, s. 117

³²⁰ Bkz Toroslu, s. 119 “İhmali suçlar alanında da sırf ihmal suçları ile ihmal suretiyle icra suçlarını birbirinden ayırmak gerekir.”

Doktrinde, ihmali suçlar konusunda genellikle bir ayırımı gidilmekte, ihmali suretiyle icra suçlarına teşebbüsün mümkün olduğu, buna karşılık sırf ihmali suçlarına bunun mümkün olmadığı ileri sürülmektedir.³²¹ Buna karşın, bazı yazarlar ise herhangi bir ayırımı gitmeden ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını, zira kanunun yapılmasını emrettiği hareketin yapılmaması ile ihmali suçun tamamlandığını savunmaktadırlar.³²²

3.3.1. Sırf İhmal Suçları

Sırf ihmali suçlarında fail yalnızca hareketsiz kalarak suçun gerçekleşmesine neden olmaktadır.³²³ Bu tür suçlarda salt ihmalin yapılmasıyla suç tamamlanır ve neticenin ortaya çıkıp çıkmadığına bakılmaz. Doktrinde sırf ihmali suçlarında teşebbüsün mümkün olup olmayacağı konusu tartışmalıdır.

Doktrinde bir kısım yazarlarca benimsenen bir görüşe göre, salt (gerçek) ihmali suçlarına teşebbüs mümkün değildir, çünkü suç sayılan fiilin yapılması için gereken zaman henüz geçmiş değilse, o fiili yapmamış olmak, normun ihlali sonucunu doğurmaz. Buna karşılık, suç sayılan fiilin yapılması için gereken zaman geçmişse, suç artık tamamlanmıştır.³²⁴ Örneğin, sırf ihmali suçlarına teşebbüsün mümkün olmadığını savunan İPEKÇİOĞLU'na göre, sırf ihmali suçlarında ihmalle birlikte suç tamamlandığından, bu tür suçlarda, tamamlanma aşamasından önce teşebbüsün gerçekleşebileceği bir aşama bulunmamaktadır.³²⁵ Örneğin, TCK'nın 279. maddesinde, kamu adına soruşturma ve kovuşturma gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisinin hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, görevi gereği bir suçun işlendiğini öğrenen kamu görevlisinin bu

³²¹ Toroslu, s. 270; Hafızoğulları/Özen, s. 345

³²² Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 796; Demirbaş, s. 426

³²³ İpekçioğlu, s. 189; Toroslu, s.117; Özgenç, s. 214

³²⁴ Tozman, TBB Dergisi, s. 175; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 637; Toroslu, s.119

³²⁵ İpekçioğlu, s. 191

suçu yetkili makamlara bildirmemesi ile suç tamamlanmaktadır. Bu itibarla, İPEKÇİOĞLU tarafından da ifade edildiği üzere, bu suçun tamamlanması aşamasından önce teşebbüsün gerçekleşebileceği bir aşamanın bulunmadığını söylemek mümkündür.

Doktrinde yer alan diğer bir görüş ise, sırf ihmal suçlarında parçalara bölünebilen bir gerçekleşme veya bir suç yolu (iter criminis) mümkün olduğunda, bu tür suçlarda da teşebbüsün gerçekleşebileceği ileri sürmektedir.³²⁶ TOROSLU, bu konudaki görüşünü şu örnekle somutlaştırmaktadır: Gerçekleşmesi ve kanıtlanması güç olmakla birlikte, failin kasıtlı olarak kendisini süresinde yükümlülüğünü yerine getiremeyeceği bir duruma sokması, ancak yükümlülüğü öngören kural ile korunan menfaatin zarar görmesinin faile yabancı nedenlerle önlenmiş olması halinde teşebbüsten sorumlu olacaktır.³²⁷

3.3.2. İhmal Suretiyle İcra Suçları

Sırf hareket suçlarının aksine, hareketle neticenin birbirinden ayrılabilirdiği neticeli suçlarda netice, icrai bir davranışla değil, ihmali bir hareketle de meydana getirilebilir.³²⁸ Bu durumda, kural olarak icra bir davranışla işlenebilen suç, ihmali bir hareketle gerçekleştirildiğinden “ihmal suretiyle icra suçu” karşımıza çıkar. İhmal suretiyle icra suçlarında ihmal ve sonuç olmak üzere iki kısım mevcuttur. Bu itibarla, ihmali suretiyle icra suçlarında da bir netice bulunduğu göre, teşebbüs bakımından bir sorun bulunmamaktadır. İcra suçlarında neticeyi bir icra davranış meydana getirirken, ihmali suretiyle icra suçlarında ise icrai bir davranışın yerine ihmali bir davranış almaktadır.³²⁹ Sonucun gerçekleşmesinden önceki ihmal sürecinin failin iradesi dışında meydana gelen bir nedenle kesilmesi halinde, bu tür suçların teşebbüs aşamasında kalması mümkündür.³³⁰

³²⁶ Toroslu, s. 270; benzer görüş için bkz. İpekçioğlu, s.191; Hafizoğulları/Özen, 345; İçel, s. 514

³²⁷ Toroslu, s. 270

³²⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 258; Toroslu, s. 270

³²⁹ Tozman, TBB Dergisi, s. 166; Toroslu, s.119

³³⁰ İpekçioğlu, s. 191; Toroslu, s. 270; benzer görüş için bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 345

Sonuç olarak, icrai suç tiplerinde öngörülen neticenin gerçekleşmesi için harekete geçildiği halde, neticenin gerçekleşmemesi durumunda bu suç tiplerine teşebbüsten söz ediliyorsa; söz konusu suç tiplerinin ihmali bir davranışla gerçekleştirilmesi amacıyla hareketsiz kalınması, ancak bu neticenin bu hareketsizliğe rağmen failin iradesi dışında doğan bir nedenden dolayı gerçekleşmemesi durumunda da teşebbüsten söz etmek gerekir.³³¹ Örneğin, hastaya gerekli tedaviyi yapmayan, ihmal eden doktorun davranışına karşılık, başka bir doktorun gerekli müdahaleyi yaparak hastayı kurtarmış olması durumunda, ihmal suretiyle icra suçuna teşebbüs söz konusudur.³³²

Buna karşılık, ÖZGENÇ ise suça teşebbüse ilişkin hükümlerin ihmali davranışlarla işlenen suçlara uygulanamayacağını ve dolayısıyla ihmali suçlara teşebbüsün cezalandırılmayacağını, ancak, kişinin ihmali davranışının ayrı bir suç oluşturması halinde bundan dolayı sorumluluk halinin saklı olduğunu savunmaktadır. Bu itibarla, hastaya gerekli tedaviyi yapmayan, ihmal eden doktorun davranışına karşılık, başka bir doktorun gerekli müdahaleyi yaparak hastayı kurtarmış olması durumunda, müdahale etmeyen doktorun kasten öldürmeye teşebbüs suçundan değil, ihmali davranışla kasten yaralamadan sorumlu tutulması gerekir.³³³

3.4. Tehlike Suçları

Tamamlanmış sayılmaları için korunan varlık veya menfaatin sadece tehdit edilmiş olması yeterli sayılan, hukuki konunun zarara uğratılmayıp yalnızca tehlikeye düşürüldüğü suçlar tehlike suçlarıdır.³³⁴ Bu nedenle, tehlike suçlarında, korunan hukuki menfaat açısından sadece tehlikenin doğması, zarar doğması ihtimalinin bulunması yeterlidir.³³⁵ Örneğin, TCK'nın 176. maddesinde "*İnşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tebdirleri almayan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile*

³³¹ Hakan Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara/2003, s. 266

³³² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 637

³³³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 427

³³⁴ Tanım için bkz. Toroslu, s. 124; İpekçioğlu, s. 184; Koca/Üzülmez, s. 118

³³⁵ İpekçioğlu, s. 183; Koca/Üzülmez, s. 118

cezalandırılır.” hükmü düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, inşaat ve yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama suçu, tehlike suçuna örnek olarak gösterilebilir.

Doktrinde tehlike suçlarına teşebbüsün olanaklı olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bir görüş, aksini savunanların varlığına rağmen, sık rastlanmasa bile, tehlike suçlarına da teşebbüsün mümkün olduğunu savunur.³³⁶ Bu konuda TOROSLU, teşebbüsün cezalandırılış nedeninin zarar tehlikesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, tehlike tehlikesinin cezalandırılmasının anlamsız gibi görülebileceğini, ancak bu anlamsızlığın normatif açıdan olup bazı durumlarda kanunun tamamlanmış suç olarak cezalandırdığı tehlikeye sadece kademeli bir şekilde ulaşabildiği durumlar olabileceğini, o halde tehlike suçuna yönelik harekette teşebbüsün şartlarının bulunmasının da mümkün olabileceğini ileri sürmektedir.³³⁷ Bu görüş TOROSLU tarafından şu örnekle somutlaştırılmaktadır: Örneğin tehdidi içeren mektubun postalanmasından sonra muhatabına ulaşmadan önce ele geçmesi durumunda, tehlike suçuna teşebbüs mümkündür.³³⁸ Tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olabileceğini savunan İPEKÇİOĞLU da, tehlike suçlarının şekli suçlardan olduğunu belirterek hareketin bir oluşum sürecine sahip olması veya parçalara bölünebilmesi halinde teşebbüsün mümkün olabileceğini ileri sürmektedir.³³⁹

Bu konuda öğretide ortaya atılan diğer bir görüş ise, tehlike suçlarını somut ve soyut olarak ele almakta ve tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığını bu ayrıma göre değerlendirmektedir. Hareketin suçun konusu bakımından gerçek bir zarar tehlikesi yarattığı somut tehlike suçlarında teşebbüs kabul edilmemektedir. Bunun nedeni ise, “Tehlikenin tehlikeliliğinin” cezalandırılmasının kabul edilmesi halinde, cezalandırmanın başlangıcının çok öne alınacak olması olarak ifade edilmektedir.³⁴⁰ Diğer bir anlatımla, somut tehlike suçlarının varlığı için tehlikenin mutlaka gerçekleşmesi gerektiğinden, bu tür suçlar teşebbüsün mümkün olmadığı ileri sürülmektedir.

³³⁶ Toroslu, s. 270, aksi görüş için bkz. “Genellikle zarar suçlarına teşebbüs mümkündür, tehlike suçları ise teşebbüse elverişli değildir.” Erem/Danışman/Artuk, s. 312

³³⁷ Toroslu, s. 270; Tozman, Doktora Tezi, s. 183

³³⁸ Toroslu, s. 270, 271

³³⁹ İpekçioğlu, s. 185

³⁴⁰ İpekçioğlu, s. 184

Diğer taraftan, soyut tehlike suçlarında ise somut bir tehlikenin gerçekleşmesine gerek yoktur ve suçun kanuni tanımında yer alan hareketin yapılması yeterlidir.³⁴¹ Bu tür suçların özünde, tehlike bir varsayım olarak bulunmaktadır ve hareketin bölünebilir olması halinde soyut tehlike suçlarına da teşebbüsün mümkün olduğu belirtilmektedir.³⁴² Bu itibarla, soyut tehlike suçlarında hareketin bir oluşum sürecine sahip ve bölünebilir olması halinde, teşebbüs kabul edilmektedir.

3.5. Sırf Hareket Suçları

Bir kısım suçlar sadece belirli bir hareketin veya ihmalin gerçekleştirilmesiyle tamamlanır. Diğer bir ifadeyle, sadece hareketin veya ihmalin yapılmasıyla suç tipi ihlal edilir. Tamamlanmaları bakımından neticenin gerçekleşmesi gerekli olmayan, sadece hareketin yapılması yeterli olan bu nevi suçlara sırf hareket suçları-neticesiz suç denir.³⁴³ Gerçekten de, sırf hareket suçları sadece bir hareketten veya ihmalden ibarettir.³⁴⁴ Sırf hareket suçları bazen tek bir davranışla, bazen de birden çok davranışın oluşturduğu hareketlerle gerçekleştirilebilir.

Sırf hareket suçlarında suç tanımındaki hareketin yapılmasıyla birlikte suç tamamlandığından, kural olarak bu suçlara teşebbüs mümkün değildir. Örneğin, yalan yere yemin suçunda, fail “yemin ederim” “der demez, yalan yere yemin suçu tamamlanmış olacağından, bu suça teşebbüs söz konusu olmaz.³⁴⁵ Diğer bir anlatımla, sırf hareket suçlarında hareketin tek bir davranıştan oluşması ve parçalara bölünememesi durumunda, teşebbüs mümkün olmaz.³⁴⁶

³⁴¹ İpekçioğlu, s. 184; Koca/Üzülmez, s. 119

³⁴² İpekçioğlu, s. 185; Toroslu, s. 270-271

³⁴³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 270; İpekçioğlu, s. 185

³⁴⁴ Toroslu, s. 123

³⁴⁵ İçel, s. 513

³⁴⁶ İpekçioğlu, s. 186; Öztürk/Erdem, s. 345

Ancak, sırf hareket suçlarının icra hareketleri kısımlara ayrılabiliyorsa, o zaman bu suçlara teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmektedir.³⁴⁷ Bu tür suçlarda, hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmadığından, fiilin işlenmesiyle suç tamamlanır; ancak icra hareketlerinin kısımlara bölünme imkanının bulunması halinde teşebbüs mümkün olabilir.³⁴⁸ Diğer bir ifadeyle, sırf hareket suçlarında sadece hareketin yapılması yeterli olup aynı zamanda hareketten bir sonuç doğması aranmadığından, bu tür suçlara sadece icra hareketlerinin tamamlanamaması şeklindeki teşebbüs söz konusu olabilir.³⁴⁹ Hakaret suçunun, yazılı bir ileti ile işlenmesi halinde icra hareketleri bölünebilmekte ve bu suretle de teşebbüse uygun bir hale gelebilmektedir. Örneğin, failin yazdığı telgrafı, hakaret içerdiğini fark edemediği için kabul eden PTT memurunun, servis şefinin ikazı üzerine telgrafı çekmeyip engellemesi veya PTT dağıtıcısının hakaret mektubunu mağdura iletmemesi halinde teşebbüsün olabileceği kabul edilmektedir.³⁵⁰

3.6. Kalkışma Suçları (Tamamlanması Öne Alınmış Suçlar)

Kalkışma suçları, kanun koyucunun korumak istediği menfaatin önemini dikkate alarak tamamlanması öne aldığı suçlardır. Kalkışma suçlarında henüz hukuki korumanın konusunu oluşturan varlığa zarar vermeyen davranışlar, kanun koyucu tarafından tamamlanmış suç olarak kabul edilmektedir.³⁵¹ Diğer bir ifadeyle, kalkışma suçları cezalandırma bakımından suçun tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış olması bakımından ayırım gözetilmeyen suçlardır.³⁵² Kalkışma suç tiplerinde teşebbüs veya hazırlık hareketleri müstakil ceza tehdidi altına alınmış olmaları sebebiyle teşebbüse elverişli değildir.³⁵³ Örneğin TCK'nın 302, 309 ve 311. maddelerinde öngörülen suçlarda olduğu gibi, kanunun hukuki korumanın konusunu

³⁴⁷ İpekçioğlu, s. 186; Hafizoğulları/Özen, s. 345; Öztürk/Erdem, s. 345

³⁴⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 271; Toroslu, s. 271

³⁴⁹ Toroslu, s. 271; İpekçioğlu, s. 185 vd.

³⁵⁰ Öztürk/Erdem, s. 345

³⁵¹ Toroslu, s. 269; Öztürk/Erdem, s. 346; İpekçioğlu, s. 195

³⁵² Öztürk/Erdem, s. 346

³⁵³ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 1; benzer görüş için bkz. "Salt hareketin cezalandırıldığı 'kalkışma suçlarına' (TCK. m. 302, 309, 311, 312 vs.) gelince, niteliklerinden ötürü, zaten bu suçlara teşebbüs mümkün değildir. Gerçekten, kiminin iddiasının tersine; bunlar ne teşebbüsü tamamlanmış suç gibi cezalandıran suçlardır, ne de bu suçlarda hazırlık hareketleri cezalandırılmamaktadır. Bu suçlarda cezalandırılan hareket kalkışmadır. Kanunun cezalandırıldığı hareketin yapılmasıyla birlikte su suçları oluşmaktadır. Bunlarda, hareketin parçalara bölünmesi imkanı yoktur. Böyle olunca, bunlara teşebbüs mümkün olamamaktadır." Hafizoğulları/Özen, s. 345

oluşturan varlığa zarar vermeyen davranışları tamamlanmış suç haline getirdiği suçlara teşebbüs mümkün değildir.³⁵⁴

Bu tür suçlara özelliğini veren husus, teşebbüs hareketlerinin bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş olması ve tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasıdır.³⁵⁵ Kalkışma suçları teşebbüs aşamasında kalmış bile olsa, yasal düzenlemeler gereği tamamlanmış suç gibi cezalandırılırlar. Sonuç olarak, fail tarafından işlenmesi kast edilen suçun doğrudan doğruya icrasına yönelik hareketlerin tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığı hallerde bu tür suçlara teşebbüs mümkün değildir.³⁵⁶ Nitekim TCK'nın 35. maddesinin gerekçesinde de “*ayrıca belirtilmelidir ki, anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs gibi, teşebbüs hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlendiği suçlara teşebbüs mümkün değildir.*” denilmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır.

3.7. Kesintisiz (Mütemadi) Şekilde İşlenen Suçlar

Suçun zaman içinde devamı ile ilgili olarak ani suç-kesintisiz suç ayrımı yapılmaktadır. Kesintisiz suçlarda suçun varlığı için ihlalin zaman içinde bir süre devam etmesi gerekmektedir.³⁵⁷ Kesintisiz suç ihlal edici durumun oluşturulduğu anda değil, söz konusu durumun suçun varlığı için gerekli olan asgari ölçüde devam ettirildiği anda tamamlanmış olur. İşte, bu andan önce teşebbüs durumu mümkün olabilmektedir.³⁵⁸ Diğer bir ifadeyle, mütemadi suç tamamlanıncaya kadar teşebbüse ilişkin hükümler uygulanabilir.

³⁵⁴ Toroslu, s. 269; İpekçioğlu, s. 195

³⁵⁵ Nevzat Toroslu, Anayasayı İhlal Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1995, S: 4, s. 592

³⁵⁶ Koca/Üzülmez, s. 427

³⁵⁷ Toroslu, s. 250; İpekçioğlu, s. 192; aynı yönde “Kanuni tarifindeki fiilin icrası süreklilik arzeden suçlara mütemadi suçlar denmektedir. Mütemadi suçlarda fiilin icrası bir anda tamamlanmamaktadır. Bu suçlar açısından özellik arzeden husus, neticenin devamı değildir. Bu itibarla, mütemadi suçlarda neticenin süreklilik arzettiği yönündeki doktriner görüş doğru değildir.” Özgenç, Genel Hükümler, s. 178; karşıt yönde “Tipiklikteki hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve icrası devam eden suçlara “mütemadi suçlar” denir.” “Kanımızca mütemadi suçlarda, kanuni tipte yer alan hareketin yapılmasıyla suç tamamlanmakta, ancak bitmemektedir.” Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 266 vd.

³⁵⁸ Toroslu, s. 251; İpekçioğlu, s. 192; Özgenç, Genel Hükümler, s. 437

TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen "kişi hürriyetinden yoksun kılma" suçu, kesintisiz (mütemadi) suçun klasik örneklerindedir. Kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun varlığı için kişinin önemli sayılabilecek bir süre hürriyetinden yoksun bırakılması, bu ihlalin suçun tamamlanması için devam etmesi gerekmektedir. Ancak bu ihlal devam etmemişse, kesintisiz şekilde işlenebilen suçlara teşebbüs etmek mümkün olacaktır.³⁵⁹

Buna karşın, kesintisiz suçlarda teşebbüsün mümkün olamayacağını ileri süren yazarlar da vardır. Bu yazarlara göre, kesintisiz suçun varlığı için hareketten doğan neticenin belirli bir süre devam etmesi gerekmektedir. Bu tür suçlarda sonucun gerçekleşmesiyle suç da tamamlanacağından, hareketin devamı sırasında henüz suç tamamlanmadığından teşebbüsten bahsedilmesi mümkün değildir.³⁶⁰

3.8. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suçlar

TCK'nın 23. maddesinde, "*Bir failin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşmasına sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.*" hükmüne yer verilmiştir. İstenmeyen sonuçtan sorumluluğun bir türü olan bu suç tiplerinde, fail kasten temel suçu gerçekleştirmek için bir eylem yapmakta, ancak bu eylemden failin istediğinden daha ağır bir sonuç meydana gelmektedir.³⁶¹ Diğer bir ifadeyle, bu tür suçlarda mutlaka bir sonuç gerçekleşmekte, ancak gerçekleşen sonuç kast edilenden daha ağır olmaktadır.

Burada önemli olan husus ise gerçekleşen ağır sonucun fail tarafından istenilmemiş olmasıdır. Aksi takdirde, ağır sonucun fail tarafından istenilmiş olması halinde kasıtlı bir suçun oluşumundan bahsetmek gerekecektir.³⁶² Neticesi sebebiyle

³⁵⁹ Toroslu, s. 248; İpekçioğlu, s. 192

³⁶⁰ Sözüer, s. 220

³⁶¹ İçel, s. 515; İpekçioğlu, s. 182; Artuk/Gökden/Yenidünya, s. 796

³⁶² İpekçioğlu, s. 182

ağırlaşan suçlarda, teşebbüsün mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.³⁶³ Daha önce de bahsedildiği üzere teşebbüs ancak kasıtlı suçlarda gerçekleşebilir. Oysa ki, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda ağır sonuç, fail tarafından işlenmesi kast edilen ve istenilen bir sonuç değildir.³⁶⁴ Nitekim; TCK'nın 23. maddesinde açıkça, bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşmasına sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerektiği açıkça ifade edilmektedir. Taksirli suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını ise, önceki bölümlerde ifade etmiştik. Bu gerekçelerle, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlara teşebbüsten bahsetmek mümkün değildir. Ancak, doktrinde bu görüşün aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır.³⁶⁵

3.9. Kabahatler

576 sayılı TCK, suçları cürüm ve kabahat olmak üzere ikiye ayırmıştı. Ancak, 5237 sayılı TCK'da sadece suçlar düzenlenmiş; kabahatlere ise 5326 sayılı Kabahatler Kanununda yer verilmiştir. Kanun koyucu 35. maddede sadece “suç” terimine yer vermek suretiyle, kabahatlere teşebbüsü, kural olarak kapsam dışında bırakmıştır. Böylece nitelikleri itibarıyla teşebbüse elverişli olsalar da kabahat teşkil eden fiillere teşebbüsün cezalandırılması mümkün değildir.³⁶⁶

³⁶³ Hafizoğulları/Özen, s.345; İçel, s.515; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 636; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 796; Dönmezer/Erman, s. 586; İçel, s. 515

³⁶⁴ İpekçioğlu, s. 182; Centel/Zafer/Çakmut, s. 464

³⁶⁵ Aksi görüş için bkz. “Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, kural olarak, teşebbüs mümkündür. Temel suç tipi ve ağır veya başka neticenin durumu bakımından, teşebbüs konusunda çeşitli ihtimaller söz konusu olmaktadır. Birinci ihtimalde, suçun temel şekli teşebbüs aşamasında kalmış, ancak netice sebebiyle ağırlaşmış bir hale de sebebiyet vermiş olabilir. Örneğin silahla ateş edilen kişi isabet almamış, ancak korkudan ölmüş olabilir. Bu hal, doktrinde ‘neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs olarak’ adlandırılmaktadır. İkinci ihtimalde, teşebbüs aşamasında kalmış veya tamamlanmış temel suç tipindeki fiilin sonucunda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali oluşturan ağır veya başka netice teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bu durum, öğretilerde ‘neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça teşebbüs’ olarak nitelendirilmektedir. Bu ihtimalde kişinin teşebbüs aşamasında kalan ağır veya başka neticeye teşebbüsten dolayı cezalandırılması mümkündür. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, teşebbüse ilişkin genel hükümlerde yer alan şartların (m. 35) gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Teşebbüsün varlığından söz edebilmek için netice bakımından doğrudan kastla hareket edilmelidir.” Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 401; Akbulut, s. 561

³⁶⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 607; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 795; Hafizoğulları/Özen, s. 344; İçel, s. 513; Özgenç, Genel Hükümler, s. 443-444

Diğer taraftan, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 1. maddesinde kabahat, kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık olarak tanımlandıktan sonra, 13. maddesinde; “Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabilmesine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda, Türk Ceza Kanununun suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır.” hükmü düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de bu husus; “Madde metninde, kabahatlere teşebbüsün kural olarak cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir. Ancak, belli bir kabahate teşebbüsün de cezalandırılabilmesi konusunda ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklı tutulmuştur. Bu hallerde Türk Ceza Kanununun teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri uygulanacaktır.” şeklinde açıklanmıştır. Şu halde, kural olarak kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, gerek Kabahatler Kanununda, gerekse idari yaptırım içeren diğer kanunlarda teşebbüsün yaptırıma bağlanması yönünde bir hüküm bulunması halinde, kabahate teşebbüsün cezalandırılması söz konusu olacaktır.³⁶⁷

Yargıtay, konuya ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararında, 5995 sayılı Kanunun 6. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda izinsiz olarak kömür ocağı açıp kömür çıkartılması eyleminin yaptırımının idari yaptırıma dönüştürüldüğü, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 13/1. maddesine göre kabahatlere teşebbüsün cezalandırılmayacağı, bu nedenle sanık hakkında hırsızlık suçundan beraat kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.³⁶⁸

3.10. Cezalandırılabilme Şartı İçeren Suçlar

Bu tür suçlarda cezalandırılabilme, tipik fiilde öngörülen şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu tür şartlar suçun oluşmasını etkilememekte, doğrudan

³⁶⁷ Örnek için bkz. 3284 sayılı Bazı Maden Hurdalarının Dışarı Çıkarılmasının Yasal Edilmesi ve Satın Alınması Hakkında Kanun'un 7. maddesi “Yasaklanmış olmasına rağmen, 1. maddede yazılı hurdaları (demir, bakır, kurşun, kalay, tütü, alüminyum, antimon ve nikel hurdaları ile bunların hurda halindeki halitalarının ve kullanılmayacak bir hale gelmiş bilümmü muharrik veya müteharrik vasıtaları): a) yurt dışına çıkarmaya teşebbüs edenlere bin Türk Lirasından on bin Türk Lirasına kadar, b) yurt dışına çıkaranlara hurdanın piyasa değerinin iki katı kadar idari para cezası verilir.”

³⁶⁸ Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 31.05.2018 tarih ve E:2016/12444, K:2018/7135 sayılı kararı

doğruya cezalandırma üzerinde etkili olmaktadır.³⁶⁹ Diğer bir ifadeyle, bu tür suç tiplerinde kişinin sorumlu tutulabilmesi için suçun tamamlanmış olmasının yanında ayrıca, cezalandırılabilme şartının da gerçekleşmesi gerekir.³⁷⁰ Doktrinde, objektif cezalandırılabilme şartı içeren suç tiplerinin teşebbüse elverişli olmadığı ileri sürülmektedir.³⁷¹ Zira, cezalandırılabilme şartı içeren suç tiplerinde bu koşulu gerçekleşmemişse ortada cezalandırılabilen bir davranış bulunmadığından, teşebbüsten cezalandırma da söz konusu olmaz.³⁷² Buna karşılık, doktrinde bazı yazarlar tarafından cezalandırılabilme şartı içeren suç tiplerinin de teşebbüs aşamasında kalmasının mümkün olduğu, buna göre cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşmesine karşın suçun sonuç alt unsuru gerçekleşmemişse ve diğer koşulları da varsa, failin teşebbüsten cezalandırılabilceği ileri sürülmüştür.³⁷³

³⁶⁹ İpekçioğlu, s. 188; Demirbaş, s. 426

³⁷⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 636-637

³⁷¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 796; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 636; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 235; Öztürk/Erdem, s. 345; İçel, s. 515

³⁷² İçel, s. 515; İpekçioğlu, s. 189; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 796; Ruhan/Erdem, s. 345

³⁷³ Mahmutoglu/Karadeniz, s. 826; İçel, s. 516; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 637

SONUÇ

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda suça teşebbüs, genel hükümler bölümünde, suçun özel görünüş şekilleri başlığı altında düzenlenmiştir. Tamamlanmış suçlarda olduğu gibi teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da failin anti sosyal kişiliği ortaya çıkmış, toplum barışı ve düzeni açısından bir tehlike doğmuştur. Ancak, Ceza Kanunlarında genel itibarıyla tamamlanmış suç tipleri düzenlenmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği icra hareketlerinin tamamlanamadığı veya kanuni tarifteki neticenin gerçekleşmediği durumlarda da failin cezalandırılması, ancak kanunda yer alan bir hükümlerle mümkün olabilmektedir. Bu bakımdan, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde de cezalandırılmasına imkan tanıyan teşebbüse ilişkin hükümler genişletici bir etkiye sahiptir. Her ne kadar doktrinde teşebbüsün bağımsız bir suç olduğu veya asıl suçu hafifletici bir neden olduğu yönünde görüşler bulunsa da, teşebbüse ilişkin hükümler asıl suça bağlı ve onu genişletici bir etkiye sahiptir.

Failin cezalandırılabilmesi için, gerçekleştirdiği hareketlerin işlemeyi kastettiği suçun icra hareketleri niteliğinde olması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, ceza hukukunun müdahalesi ancak, icra hareketlerinin başlaması ile mümkün olabilir. İcra hareketlerinin başlaması, suçun teşebbüs aşamasında kalması veya vazgeçme açısından da önem arz etmektedir. Bu bağlamda, failin icra hareketlerine başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması veya icra hareketlerini tamamladığı halde elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi halinde, teşebbüs ortaya çıkmaktadır.

Öğretide, teşebbüsün cezalandırılma nedenini ilişkin olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Objektif görüşler, suçlu idareye önem vermeyip, teşebbüsün cezalandırılma nedenini, fail tarafından gerçekleştirilen tipik hareketin suçun koruduğu hukuki yarar veya suç konusu üzerinde meydana getirdiği tehlikeye dayandırmaktadır. Buna göre, suç tamamlanmasa dahi, korunan hukuki yarar bakımından somut bir tehlike söz konusu ise, suça teşebbüs cezalandırılmalıdır.

Sübjektif görüş taraftarları ise, dışa yansıyan suç işleme iradesinden dolayı failin cezalandırılması gerektiğini ileri sürerler.

5237 sayılı TCK'nın 35. maddesindeki tanım ile madde gerekçesinde failin kastını esas alan sübjektif teorinin kabulü halinde sorumluluk alanının aşırı genişleyeceği ifadesine yer verildiği hususları dikkate alındığında, TCK'nın objektif teoriyi benimsediği anlaşılmaktadır. Madde gerekçesinde, işlenmek için icra hareketlerine başlanan ve teşebbüs halinde kalan fiilin korunan hukuki konuyu tehlikeye düşürmesi nedeniyle cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Ayrıca, TCK'nın 35. maddesinde her hareketin değil, "doğrudan doğruya icraya başlama" niteliği taşıyan hareketlerin teşebbüs sayılacağı ifade edilmiş, failin iradesiyle ilgili herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Diğer taraftan, teşebbüs halinde zorunlu bir ceza indirimi öngörülmüştür. Hal böyle olunca, TCK'nın objektif teoriyi benimsediği anlaşılmaktadır.

Teşebbüs derecesinde kalan suçların da genel kurucu unsurları biri maddi, diğeri manevi olmak üzere iki unsurdan ibarettir. TCK'nın 35. maddesi hükmünden de anlaşılacağı üzere teşebbüs derecesinde kalan suçun maddi unsuru elverişli hareketlerle doğrudan doğruya suçun icrasına başlama ancak tamamlayamama; manevi unsuru ise suç işleme kastıdır. Olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda gerek doktrinde, gerek yargı kararlarında görüş birliği bulunmamaktadır. Kanaatimizce, teşebbüs hem hareketi hem de sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmeyi gerektirdiğinden, olası kastla işlenen suçlara teşebbüs mümkün değildir. Taksirli suçlar yönünden ise, taksirin yapısı gereği suç işleme kastı bulunmadığından teşebbüs mümkün değildir.

Failin teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için icra hareketlerine başlaması ancak suçu tamamlayamaması gerekmektedir. Failin icra hareketlerini tamamlayamadığı veya tamamlamasına rağmen sonucun gerçekleşmediği hallerde teşebbüs söz konusudur. Engel nedenler failin iradesi üzerinde etki doğurarak hareketlerine devam etmesini ya da sonucun gerçekleşmesini önlemektedir. Aksi halde, fail kendi isteğiyle icra hareketlerine son vermiş veya neticenin

gerçekleşmesini önlemiş ise “*gönüllü vazgeçme*” söz konusu olur. Bu bağlamda, faile engel olan nedenler maddi veya manevi olabileceği gibi üçüncü bir kişinin fiili de olabilir. Burada önemle vurgulanması gereken husus ise, suç yolunu durduran nedenin failin iradesi dışında olması gerektiğidir.

5237 sayılı TCK'nın teşebbüs yönünden getirmiş olduğu temel yenilik, eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımının kaldırılmasıdır. Kanun, cezalandırma bakımından teşebbüsün meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının dikkate alınması esasını benimsemiş ve hakime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Ancak, zımnen de olsa uygulamada ceza tayin edilirken eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayrımının devam ettiğini söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle, 765 sayılı TCK uyarınca eksik teşebbüs söz konusu olduğunda meydana gelen zarar ve tehlike daha hafif olduğu için daha az ceza; tam teşebbüs söz konusu olduğunda ise meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı daha ağır olduğu için daha çok ceza tayinine gidilecektir.

5237 sayılı Kanunla getirilen diğer bir yenilik, "doğrudan doğruya icraya başlama" ölçütüdür. Kanun, sadece doğrudan doğruya icra hareketi niteliğinde olan davranışları teşebbüsün zorunlu unsuru olarak görmektedir. Bu bağlamda, fail tarafından gerçekleştirilen hareketin hazırlık hareketi mi yoksa icra hareketi mi olduğunun belirlenmesi, teşebbüsün başlama sınırının bilinmesi bakımından büyük önem taşır. Ancak, çoğu olayda, kural olarak cezalandırılmayan hazırlık hareketleri ile cezalandırılabilir bir teşebbüsün başlangıcını teşkil eden icra hareketleri iç içe geçmiş durumdadır. 5237 sayılı Kanun hazırlık hareketi ve icra hareketi ayrımı konusunda somut bir çözüm önermediği için, uygulamada birtakım güçlükler yaşanmaktadır.

5237 sayılı Kanunla getirilen yeniliklerden bir diğeri ise, 765 sayılı TCK'nın 61. maddesinde yer alan düzenlemeden farklı olarak, “*elverişli araç*” ifadesi yerine getirilen “*elverişli hareket*” kavramıdır. Elverişli hareket, elverişli araç kavramına göre daha geniştir. Bu bağlamda, "elverişli hareket" kavramıyla elverişliliğin sadece araçta değil, eylemin tamamını içerecek şekilde hareketlerde aranması gerektiği vurgulandığından, bu değişiklik son derece isabetli olmuştur. Kanaatimizce hareketin elverişliliği işlenmek istenen suç, mağdurun durumu, kullanılan araçlar ve kullanılış

şekilleri, suçun işleniş biçimi, failin sahip olduğu özel bilgi ve benzeri tüm şartlar dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Zira, soyut olarak düşünüldüğünde elverişsiz görünen bir hareket, somut olayda elverişli olabilir.

Suçta teşebbüsle ilgili düzenlemeler genel hüküm niteliğinde olduğundan, kural olarak bütün suçlara teşebbüs olanaklıdır. Ancak, bazı suç tipleri yapıları gereği teşebbüsün varlığı için gereken koşullara sahip değildir. Örneğin, yapıları itibarıyla taksirli suçlar, ister basit ister bilinçli taksirle işlensin, teşebbüsün oluşumuna uygun değildir. Olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olup olmayacağı ise tartışmalıdır. Kanun koyucu 35. maddede sadece “suç” terimine yer vermek suretiyle, kahabatlere teşebbüsü de, kural olarak kapsam dışında bırakmıştır.



KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara/2017

ALACAKAPTAN, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara (tarihsiz)

ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara/1967

ARTUK, M. Emin, Suçun Özel Görünüş Şekilleri, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul/1989

ARTUK, Mehmet Emin - GÖKCEN, Ahmet - ALŞAHİN, Mehmet Emin - ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, Ankara/2017

ARTUK, M. Emin – GÖKCEN, Ahmet - YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler Birinci Kitap, Seçkin Yayınevi, Ankara/2002

AYDIN, Devrim, Suça Teşebbüs, AÜHFD, Yıl:55, S.1, Ankara/2006

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/270/2429.pdf>

AYDIN, Nurullah, Türk Suç ve Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara/2009

BAKICI, Sedat, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara/2008

BAYRAKTAR, Köksal, Faal Nedamet, İÜHFM C. XXXIII S:3-4 İstanbul/1968

BİRTEK, Fatih, Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009 C. 58

CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul/2005

CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul/2011

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 5. Bası, Ankara/2007

DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt 1, Beta Yayınları, 14. Bası, İstanbul/1997

EREM, Faruk – DANIŞMAN, Ahmet - ARTUK, M. Emin, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara/1997

ERSOY, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İmaj Yayınları, Ankara/2002

HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, USA Yayıncılık, Ankara/2012

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçların Çeşitleri, Ankara/2003

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara/2007

GÖKCEN, Ahmet – BALCI, Murat, Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara/2015

İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul/2016

İÇEL, Kayıhan İÇEL – AKINCI, Füsün S. - ÖZGENÇ, İzzet – SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih S., ÜNVER, Yener, İÇel Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Baskı, İstanbul/2000

İPEKÇİOĞLU, Aksoy Pervin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınevi, Ankara/2009

İPEKÇİOĞLU, Aksoy Pervin, Teşebbüs Kurumu ve Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İÜHFM, S.2
(<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023003808/1023003403>)

KATOĞLU, Tuğrul, Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs, Prof. Dr. Nevzat Torosluya Armağan Cilt I, Ankara/2015 (<http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/872.pdf>)

KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara/2017

MAHMUTOĞLU, Fatif Selami – KARADENİZ, Serra, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul/2017

ÖZBEK, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt I Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara/2005

ÖZBEK, Veli Özer – KANBUR, Mehmet Nihat - DOĞAN, Koray – BACAKSIZ, Pınar – TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara/2012

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Adalet Bakanlığı, 3. Bası, Ankara/2006

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara/2008

ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara/2014

ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara/2017

ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara/2002

SANCAR, Türkan Yalçın – KÖPRÜLÜ, Timuçin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulama Çalışmaları, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Ankara/2014

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Basımevi, 7. Basım, Ankara/2016

SOYASLAN, Doğan, Teşebbüs Suçu, Kazancı Yayınevi, Ankara/1994

SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul/1994

ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul/2006

ŞEN, Ersan, Türk Ceza Hukuku, D-R Yayınları, İstanbul/2002

TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,

TOROSLU, Nevzat, Anayasayı İhlal Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1995, S: 4, s. 591-601

TOZMAN, Önder, İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme, TBB Dergisi, Sayı 84, Ankara/2009

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-84-546>

TOZMAN, Önder, Suça Teşebbüs Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosya Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı) Ankara/2008

YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara/1985

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul/2010

UYAP

